Denegare actionem im römischen Formularprozeß

(Zur Lehre vom Verfahren in iure und der Interzession).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Juristischen Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt

von

Reinhold Mewaldt

aus Posen

Referendar in Berlin.

Approbiert am 27. Januar 1911.

ACAD. LIBR. BAT. BIBL.

Greifswald

Druck von Julius Abel

1912.

263

Referent: Professor Dr. Binder.

Meinem Bruder Johannes Mewaldt

gewidmet.

Inhaltsübersicht.

Seite

A. Einleitung.

I. Geschichtliches 1
II. Sprachliches 3

B. Die Quellen über die einzelnen Anwendungsformen des denegare actionem.

I. Prozessvoraussetzungen 4
II. Klagevoraussetzungen 21
a) Prozessuale.
b) Materielle.
III. Interrogationes in iure. Causae cognitio 36
IV. Denegare actionem als Zwangs- und Strafmittel 37
V. Denegare actionem als Mittel zur Verwirklichung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 38

C. Das Wesen der denegatio actionis.

I. Umfang des Denegierungsrechts 39
Exkurs: „Causa cognita" im prätorischen Edikt und im Prozess 69
II. Äussere Form der denegatio actionis 78
III. Rechtskraft und Klagenkonsumtion 78
IV. Vollstreckbarkeit 81
V. Denegare actionem und denegare iudicium 82
VI. Denegare exceptionem 91
VII. „Klagrecht" und „Rechtsschutz" im römischen Zivilprozess 93
VIII. Denegare iurisdictionem 109
IX. Zweck der denegatio actionis 112
X. Das Verfahren in iure unter dem Gesichtspunkt des denegare actionem 116
XI. Officio praetoris continetur actionem denegari 120

Seite

D. Rechtsbehelfe gegen die denegatio actionis.

I. Die „Rechtsmittel“ vor und nach Augustus im allgemeinen 122
II. Die magistratische Interzession und die jurisdiktionelle Kompetenz der römischen Magistrate 123
III. Das magistratische Verbietungsrecht und sonstige Behelfe 142
IV. Die Appellation der Kaiserzeit 144
V. In integrum restitutio 145

E. Verantwortlichkeit des Prätors 150

Literaturverzeichnis

zur Frage der Denegatio actionis.

Albrecht: Die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprocesses geschichtlich entwickelt. 1835. München.

Bekker: Aktionen des römischen Privatrechts. 1. Bd. 1871. 2. Bd. 1873. Berlin. (Zitiert mit Bekker I u. II.)

— Prozessuale Konsumtion. 1853. Berlin.

— Überschau des geschichtlichen Entwicklungsganges der römischen Aktionen; Aufkommen, Wesen, Abkommen, Nachwirkungen. Zeitschr. f. RGesch. (Rom.Abt.) 15. (28.) Bd. 1894. S. 145ff.

— Streitfragen aus dem Aktionenprozessrecht. Zeitschr. f. RGesch. (Rom.-Abt.) 24. (37.) Bd. 1903. S. 344ff.

— Über Anfang und Ende des „in iure"-Verfahrens im römischen Formularprozess: ius dicere — litem contestari. Zeitschr. f. RGesch. (Rom.Abt.) 27. (40.) Bd. 1906. S. 1ff.

— Vermutungen. Zeitschr. f. RGesch. (Rom.Abt.) 30. (43.) Bd. 1909. S. 1ff.

Bethmann-Hollweg: Der römische Zivilprozess. 1. Bd. 1864. 2. Bd. 1865. Bonn. (Zitiert mit Bethmann-Hollweg I u. II.)

Binder: Die Plebs. Studien zur römischen Rechtsgeschichte. 1909. Leipzig.

Brinz: Gutachten für die Kgl. Akademie in München. Zeitschr. f. RGesch. (Rom.Abt.) 4. (17.) Bd. 1883. S. 164ff.

Brissonius: De verborum quae ad ius pertinent significatione. 1721. Lipsiae.

Brissonius-Heineccius: De verborum quae ad ius pertinent significatione. 1743. Halae-Magdeburgicae.

Bruns: Fontes iuris Romani antiqui (bearb. von Mommsen und Gradenwitz). 1. u. 2. Teil. 1909. Tübingen.

Bruns-Lenel in Holtzendorff-Kohlers Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 1. Bd. 1904. Leipzig-Berlin. S. 75ff. („Geschichte und Quellen des römischen Rechts.")

Bülow: Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen. 1868. Giessen.

Dirksen: Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum. 1837. Berlin.

Dernburg: Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edikts. Festg. f. Heffter. 1873. Berlin.

Eigenbrodt: De magistratuum Romanorum iuribus, quibus pro pari et pro maiore potestate inter se utebantur, inprimis de tribunorum plebis potestate. 1875. Lipsiae.

Girard: Manuel élémentaire de droit romain. 1901. Paris.

Girard-Mayr: Geschichte und System des römischen Rechts. 1. u. 2. Bd. 1908. Berlin.

Goldschmidt: Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht). Festg. f. Hübler. Sonderabdruck. 1905. Berlin.

Gradenwitz: Interpolationen in den Pandekten. 1887. Berlin.

— Volksspruch und Kunstregel bei der Konsumtion. Festg. f. Bekker. 1907. Weimar. S. 383ff.

Hartmann: Der ordo iudiciorum und die iudicia extraordinaria der Römer. 1. Teil: Über die römische Gerichtsverfassung (bearb. von Ubbelohde). 1886. Göttingen.

Heffter: Institutionen des römischen und teutschen Civilprocesses. 1825. Bonn.

— System des römischen und deutschen Civilprocesses. 1843. Bonn.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht. 1900. Jena.

— Klagrecht und Klagmöglichkeit. 1905. Leipzig.

— Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 1. Bd. 1903. 2. Bd. 1907. Leipzig. (Zitiert mit Hellwig I u. II.)

Helmolt: Verhältnis der Exzeptionen zur Beweislast. 1852. Giessen.

Herzog: Geschichte und System der römischen Staatsverfassung. 1884.

Huschke: Analecta litteraria. 1826. Lipsiae.

— Multa und sacramentum in ihren verschiedenen Anwendungen. 1874. Leipzig.

Ihering: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. 1884. Leipzig.

— Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung. Leipzig. 1. Bd. 1878. 2. Bd. 1880. 1883. 3. Bd. 1. Abt. 1888.

Jörs: Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik. 1. Teil: Bis auf die Catonen. 1888. Berlin.

Karlowa: Römische Rechtsgeschichte. 1. Bd. Staatsrecht und Rechtsquellen. 1885. Leipzig.

— Der römische Zivilprozess zur Zeit der Legisaktionen. 1872. Berlin.

Kalb: Roms Juristen, nach ihrer Sprache dargestellt. 1890. Leipzig.

Keller-Wach: Der römische Zivilprozess. 1883. Leipzig.

Kipp: Geschichte der Quellen des römischen Rechts. 1909. Leipzig.
— Die Litisdenuntiation als Prozesseinleitungsform im römischen Zivilprozess. 1887. Leipzig.
— in Pauly-Wissowa's Realencyklopädie sub „appellatio". 1893.
Kleinschrod: Über die prozessuale Konsumtion und die Rechtskraft des Zivilurteils. 1875. Leipzig.
Klingmüller: Rezension von Schott I u. II (s. u.) in der Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 46. Bd. S. 257ff. 1905. Tübingen.
Kniep: Praescriptio und pactum. 1891. Jena.
Krüger: Prozessuale Konsumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses. 1864. Leipzig.
Lange: Römische Altertümer. 1. Bd. 1876. Berlin.
Leist in Pauly-Wissowa's Realencyklopädie sub „denegare actionem". 1903.
Lenel: Edictum perpetuum. 1907. Leipzig.
— Die Form der Litiskontestation im Formularprozess. Zeitschr. f. RGesch. (Rom.Abt.) 15. (28.) Bd. 1894. S. 374ff.
Leonhard: Institutionen des römischen Rechts. 1894. Leipzig.
Merkel: Abhandlungen aus dem Gebiete des römischen Rechts.
2. Heft: Über die Geschichte der klassischen Appellation. 1883. Halle.
3. Heft: Über die Entstehung des römischen Beamtengehalts und über römische Gerichtsgebühren. 1888. Halle.
Mommsen: Römisches Staatsrecht. 1. Bd. 1887. 2. Bd. 1887. Leipzig.
— Römisches Strafrecht. 1899. Leipzig.
Pernice: De ratione quae inter praetorem et iudicem intercedit. (Observatiuncula). 1864.
— Parerga II. Beziehungen des öffentlichen römischen Rechts zum Privatrecht. Zeitschr. f. RGesch. (Rom.Abt.) 5. (18.) Bd. 1884. S. 44ff.
— Parerga V. Das Tribunal und Ulpians Bücher „de omnibus tribunalibus". Zeitschr. f. RGesch. (Rom.Abt.) 14. (27.) Bd. 1893. S. 135ff.
Planck: Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht. 1844. Göttingen.
Praktiker, Ein: Über die legisactiones und das Centumviralgericht der Römer. 1839. Zwickau.
Puchta-Krüger: Kursus der Institutionen. 1. Bd. 1875. 2. Bd. 1893. Leipzig.
Rubino: De tribunicia potestate. 1825.
Rudorff: Römische Rechtsgeschichte. 1. Bd. 1857. 2. Bd. 1859.
Salkowski: Institutionen. 1907. Leipzig.
v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. 1840ff. Berlin. 5. Bd. 1841. 6. Bd. 1847.
Schott: Armenrecht der deutschen Zivilprozessordnung. 1900. Jena.
— Gewähren des Rechtsschutzes im römischen Zivilprozess. 1903. Jena. (Zitiert mit Schott I.)

Schott: Römischer Zivilprozess und moderne Prozesswissenschaft. 1904. München. (Zitiert mit Schott II.)
Schmidt: Lehrbuch des Zivilprozessrechts. 1898.
Schultze: Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung. 1. Teil. 1883. Freiburg. Tübingen.
Schutz: Litis contestatio und Klagerhebung. Eine Studie zum Zivilprozess. (Erlanger Dissertation.) 1909. Nürnberg.
Seckel: Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts. Festg. der Jur. Gesellsch. zu Berlin für Koch. 1903. Berlin. S. 205 ff.
— Die Haftung de peculio und de in rem verso aus der Litiskontestation und dem Urteil nach klass. röm. Recht. Festg. f. Bekker. 1907. Weimar. S. 323 ff.
Sintenis: Erläuterungen über verschiedene Lehren des Zivilprozesses nach Linde's Lehrbuch. 1. Bd. 1840. Giessen.
Sohm: Institutionen des römischen Rechts. 1908. Leipzig.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 1. Bd. 1885.
Walter: Römische Rechtsgeschichte. 1. Bd. 1860. 2. Bd. 1861. Bonn.
Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 1. Bd. 1903. Stuttgart.
Wenger: Zur Lehre von der actio iudicati. 1901. Graz.
— in Pauly-Wissowa's Realencyklopädie sub „editio". 1905.
Wieding: Der Justinianische Libellprozess. 1865. Wien
Windscheid: Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts. 1856. Düsseldorf.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 1. B. 1906. Frankfurt a. M.
Wlassak: Römische Prozessgesetze I. und II. 1888. Leipzig.
— Zur Geschichte der Kognitur. Festg. f. Ihering. 1892. Breslau.
— Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. Zeitschr. f. RGesch. (Rom.Abt.) 25. (38.) Bd. 1904. S. 81 ff. — Fortsetzung: 28. (41.) Bd. 1907. S. 98 ff.
— Die Litiskontestation im Formularprozess. Festg. f. Windscheid. 1888. Leipzig.
— Edikt und Klageform. 1882. Jena.
— in Pauly-Wissowa's Realencyklopädie sub „actio". 1893.
Zimmern: Geschichte des römischen Privatrechts bis auf Justinian. 3. Bd.: Der römische Zivilprozess in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian. 1829. Heidelberg.

Weitere Literatur in den Anmerkungen zum Text

A. Einleitung.

I. Geschichtliches.

Die Form des klassischen römischen Zivilprozesses mit seiner Zweiteilung in ius und iudicium ist wahrscheinlich schon in der Königszeit in der Weise vorbildlich gewesen, dass der ganze Prozess vor dem Könige stattfand.[1]) Der König handhabte die Jurisdiktion vermöge seines Imperiums,[2]) erforderlichenfalls vom Pontifikalkollegium mit Rat unterstützt.[3])

Schon früh wurde jedoch die eigentliche Urteilsfällung dem Magistrat entzogen und einem Privatmann übertragen.[4]) Wann diese Änderung erfolgt ist, lässt sich nicht genau feststellen.[5]) Die ersten Spuren von Laienrichtern begegnen jedenfalls in den XII tab.[6]).

---

[1]) Cic. de re p. 5, 2 § 3; Pomp. l. 2 § 1, D. 1, 2; Dionys. Ant. Rom. 4, 13. 25. 36. 43; 5, 2; 10, 1. — Vgl. Jörs S. 48ff.; Girard p. 20; anders z. T. Binder S. 528ff. 561ff. — Dernburg S. 108f. nimmt anscheinend einen solchen Zustand — freilich im Widerspruch mit den „iudices" u. „arbitri" der XII tab. — auch für die Zeit nach der Prätur errichtung an. [2]) A. M. Binder S. 561: „Der König ist zwar Gerichtsherr, aber keineswegs Richter." [3]) Vgl. Ihering I. S. 291ff. (bes. S. 296f.); Mommsen II. S. 46. 48f.; Sohm S. 99f. 103 A. 9; Bekker Z. 30 (43.) S. 18. 27. [4]) Hierzu Binder S. 574: „In der Einrichtung, Trennung von ius und iudicium lag eine erhebliche Einschränkung des magistratischen Imperiums; nur dürfen wir diesen Begriff nicht historisch fassen, als geschichtlich eingetretene Einschränkung des vorher Unbeschränkten, sondern sachlich, als objektive Begrenzung des an und für sich auch unbeschränkt Denkbaren". [5]) Vgl. darüber Mommsen I. S. 228 A. 1; Huschke: Multa S. 100; Praktiker S. 17; Keller § 5 A. 65; Bethmann-Hollweg I. § 23 S. 56f.; Kipp, Quellen S. 29 A. 7; Lenel in Holtzendorff-Kohlers Encykl. I (1904) S. 89 A. 1; Girard p. 20 n. 1 [6]) Bruns I. p. 20. 39; II. p. 32. 46.

Die Gründung der Republik Rom[1]) brachte die alljährliche Wahl zweier Konsuln.[2]) Diese besassen zwar ebenfalls ein *imperium regium*. Doch war es (i. consulare), im Gegensatz zu dem des Königs, durch das gegenseitige und, nach Einsetzung der tribunicia potestas, durch deren ius intercedendi beschränkt (Liv. II. 1, §§ 7, 8).[3])

Im Laufe der Zeit erlitt das i. consulare weitere Einbussen durch Errichtung neuer, selbständiger Magistraturen, namentlich der Prätur. Das i. consulare wurde damit in seine Bestandteile, i. militare und civile (domi), zerlegt, und das letztere dem Prätor (urb.) anvertraut.[4]) So entstand der *ordo iudiciorum privatorum*. Auch dem Prätor stand die Fällung der sententia nicht zu; er waltete nur in iure, während das weitere dem iudex privatus oblag.[5]) Aber im Bereiche des *Jus* hatte der Prätor das Recht und die Möglichkeit, Entscheidungen zu erlassen und zwar in der Form von decreta, insbesondere interdicta, also Entscheidungen, die vor dem iudicium ipsum lagen, aber oft genug den Prozess für immer erledigten. Hierbei spielt der römische Prozessgrundsatz eine Rolle, wonach der Kläger vom Jurisdiktionsmagistrat

---

[1]) Darüber Binder S. 580. [2]) Sie führen anfänglich die Titel consules iudices praetores; s. Mommsen I. S. 74ff.; Sohm S. 82 A. 1. [3]) Vgl. Girard p. 20f. Anders Binder (S. 577), der die Grundlage für die Prozessgestaltung der Trennung in ius und iud. (Beschränkung des Magistrats auf die ordinatio iudicii), im Ggs. z. mod. Tradition u. der mod. com. opinio, in der indogerm. Auffassung des Königt. findet, „die von despotischer wie von theokratischer Auffassung weit entfernt ist", und der unter diesem Gesichtspunkt — („die prozessualischen Einrichtungen der Römer selbst weisen in uralte Zeit hinauf und stellen sich als Ergebnisse organischer Entwickelung dar") — das römische Königtum charakterisiert. „Mit einem sie über alle Völker der Geschichte weit hinaushebenden Raffinement sollen die Römer, in jener frühen Zeit ein primitives Bauernvolk, durch die Erfindung der Kollegialität und Annuität, der Provokation und der Cäsur des Zivilprozesses das Bollwerk ihrer bürgerlichen Freiheit errichtet haben, um sich gegen tyrannische Gelüste ihrer Magistrate zu sichern. Diese Begründung ist naheliegend, aber zu platt, um richtig zu sein; und sie kann deshalb nicht richtig sein, weil sie auf einer Theorie des Sturzes des Königtums beruht, die ihrerseits gewiss nicht richtig ist". [4]) Seitdem führen die Konsuln nur noch diesen Titel. Mommsen I. S. 188 A. 2; 190; II. S. 101f.; Bekker a. O. S. 17. 18. [5]) Über die Gründe Sohm S. 265ff.; Wlassak II S. 215.

stets einen Bescheid erhielt, auch wenn er zum agere apud iudicem nicht zugelassen wurde, — eine Reminiszenz gleichsam alter königlicher Urteilsgewalt.[1])

Zu dieser Klasse von Entscheidungen gehört auch das denegare actionem.

II. Sprachliches.[2])

Denegare bedeutet gegenüber negare tatsächliche Ausführung des negare. Denegare verhält sich also zum negare etwa wie „abweisen" zum „verneinen". Sprachlich bedeutet demgemäss *denegatio actionis:* Abweisung der actio, mithin Verweigerung des iudicium ipsum.

Gleichbedeutend mit denegare a. sind in den Quellen z. B. die Wendungen: actionem non dare, negare, non pati; iudicium accipere (suscipere, pati) non compelli oder non cogi; non permittere agere (petere, exigere); non posse agi (conveniri); denegare petitionem; opem non ferre; actionem exerceri non pati; actio indulgenda non est.

Spezieller findet sich: denegare in integrum restitutionem, in ius vocare, postulandi facultatem; postulare prohibere; iudicem (iudicium) non dare u. dgl.

Häufig findet sich, in zivilrechtlicher Bedeutung, cessare oder non competere actionem, was prozessual denegari a. grundsätzlich zur Folge hat.[3])

Übrigens kennen die Quellen die Substantiva „*datio*" oder „*denegatio*" a. nicht; sie gebrauchen entweder „*non dare*" oder „*denegare*" a. bezw. die angegebenen Varianten.

Der Prätor stellt in seinem Edikt (Album) nicht ein „*denegare*", sondern ein „*non dare*" actionem (iudicium) in Aussicht. Unterschiedslos findet sich dagegen „non dare" und „denegare" bei den römischen Juristen, besonders in den Ediktskommentaren.

---

[1]) Vgl. Schott I. S. 3; Krüger § 2 A. 10. [2]) Darüber ausführlich Brissonius(-Heineccius) p. 33. 222. 223 (p. 314 315); Dirksen p. 265. 266; Voc. iurispr. Rom. s. v.; Heumann-Seckel, Handlex. zu den Quellen des röm. R. (Jena. 1906) S. 134 s. v.; Schott I. S. 17ff. [3]) Vgl. l. 2 §§ 46. 47. D. 38. 17; l. 4 D. 42. 7; l. 9 D. 34. 9; l. 9 D. 11, 7; l. 7 § 6 D. 4, 9; l. 8 D. 17, 1 u. a. m.

Denegare a. wird von den Quellen nicht nur, wenngleich vorwiegend, prozessual, sondern auch materiellrechtlich in dem Sinne angewendet, dass ein ziviler Anspruch (= klagbares Recht) überhaupt fehlt.[1]) Die Unterscheidung ist durch die enge Verbindung des römischen Zivilrechts mit dem Prozessrecht sehr erschwert, bisweilen sogar unmöglich. Oft versetzt sich auch der Jurist da, wo der Prätor nicht handelnd auftritt, so ganz in dessen Rolle, dass er das denegare a. schliesslich prozesstechnisch verwendet. Die Entscheidung, ob das denegatur a. zivilistisch oder prozessual aufzufassen ist, wird in solchen Fällen häufig zu dem, quod magis intellectu percipi, quam elocutione exprimi potest, gehören und stets auf der Betrachtung nicht bloss des einen Fragmentes, sondern auch der damit zusammenhängenden übrigen Stellen des betreffenden Juristen oder der Stellung des Fragmentes zwischen den Fragmenten anderer Juristen beruhen, oft nicht selten auf dem Eindruck, den die Lektüre des ganzen Titels und die Beobachtung der in ihm üblichen Ausdrucksweise hervorrufen.[2])

Auch die Stellen, in denen das denegare a. materiellrechtliche Bedeutung hat, verdienen bei der Darlegung des prozessualen denegare Berücksichtigung, da die prozessuale Geltendmachung eines im materiellen (Privat-)Rechte nicht begründeten Anspruchs regelmässig[3]) zum denegari a. geführt haben wird.

B. Die Quellen über die einzelnen Anwendungsformen des denegare actionem.[4])

I. Prozessvoraussetzungen.

Das Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen — Voraussetzungen, ohne die eine sachliche Entscheidung nicht gefällt werden kann — war von Amtswegen zu prüfen[5]) und regelmässig

[1]) Vgl. z. B. l. 2 § 46 D. 38, 17; l. 27 D. 21, 2; l. 20 § 3 D. 13, 7; l. 40 D. 38, 1; l. 3 § 8; l. 42 D. 15, 1; l. 15 D. 34, 9; ll. 8 ss. D. 16, 3. [2]) So Schott I. S. 21f.; Klingmüller S. 259. 260. [3]) Denn es war immerhin eine actio in factum denkbar. [4]) Das Quellenmaterial ist ziemlich vollständig zusammengestellt von Schott I. S. 24ff.; 66ff. Es sind hier daher nur kurze Angaben angezeigt. [5]) Vgl. Bülow S. 6; Hellwig I S. 164 (II); S. 143. 144 A. 1; II S. 12ff. u. Lit.

in iure festzustellen. Das Jus sollte als Vorbereitungsverfahren das Prozessverhältnis ad constituendum iudicium nach dieser Richtung möglichst klarstellen. Nur wenn längere Untersuchungen darüber erforderlich schienen, pflegten sie mittelst exceptio, praescriptio oder sponsio praeiudicialis dem Judex überwiesen zu werden.[1])

Grundsätzliche Prüfung der Prozessvoraussetzungen seitens des Magistrates war praktisch.[2]) Denn wenn diese für den Prozess unerlässlichen Voraussetzungen erst in iudicio erwogen worden wären, hätte die Gefahr bestanden, dass das Verfahren apud praetorem ein vergeblicher Mühe- und Zeitaufwand war.

Je nachdem sich in iure die Prozessvoraussetzungen auf Grund prätorischer oder — nötigenfalls — judizieller Kognition als gegeben erwiesen oder nicht, ging der Prozess entweder seinen Gang (dari a.), oder es wurde ein decretum praetoris erlassen, durch welches der Prozess so, wie er angebracht war, für nicht einleitungsfähig erklärt wurde (denegari a. „Prozessabweisung").

Zu den Prozessvoraussetzungen rechnen wir: Zuständigkeit des Gerichts, Prozess- und Postulationsfähigkeit, Zulässigkeit der Stellvertretung, editio actionis, Gerichtszeit.[3])

Weder zu den Prozessaussetzungen noch zu den „prozessualen" Klagvoraussetzungen (s. u. S. 21ff.) gehört die Befähigung des Prätors und Judex zur Jurisdiktion,[4]) sowie die Unverdächtigkeit

---

[1]) Ebenso Gradenwitz, Volksspruch S. 396; Schlesinger, Gött. g. A. (1869) S. 886ff. (bes. S. 889. 890). — A. M. Bülow S. 1ff. 285ff. (ähnlich Planck, Krit. Vjahrsschr. 11 S. 169. 171) mit der unrichtigen Motivierung, dass im röm. Recht alle Einreden, praescriptiones wie exceptiones, das materielle Streitverhältnis beträfen. Unrichtig auch Lenel (Lit. S. 1 A. 5) § 27 S. 110: „... Der Prätor musste zwar jede, auch die kleinste Sache annehmen und instruieren (l. 9 §§ 5ss. D. 4, 3), durfte sie aber nicht selber entscheiden, sondern musste sie an den Geschworenen überweisen". [2]) Vgl. Windscheid-Kipp, Pand. I. § 44 S. 191 A. 2. [3]) Ebenso im wesentlichen Bülow S. 5f.; Hellwig I. S. 144; II. S. 14f.; Wieding § 16. — A. M. Schmidt S. 795; z. T. Schott I. S. 33ff. [4]) l. 81 D. 5, 1; l. 3 D. 1, 14; Paul. sent. V 5a § 1; l. 4 C. 7, 45; l. 6 §§ 1. 2 D. 48, 11; l. 1 § 1 D. 2, 12; l. 41 D. 10, 2; l. 15 D. 2, 1.

des vom Kläger vorgeschlagenen[1]) Judex.[2]) Diese Umstände sind für die Zulassung des Klägers zum agere belanglos. Sie berühren nur die Gültigkeit der trotz Mängel gefällten Entscheidung.[3]) Nichts destoweniger wird das Vorhandensein der Jurisdiktionsfähigkeit wie der Unparteilichkeit von Amtswegen oder auf Einspruch des Beklagten hin regelmässig in iure geprüft.[4]) Nur eben mit der denegatio a. haben diese Dinge direkt nichts zu tun.

1. **Die Zuständigkeit des Gerichts** hat der Prätor in sachlicher wie örtlicher Beziehung in iure zu prüfen und definitiv zu erledigen (l. 2 § 6 u. l. 5, D. 5, 1; cf. l. 2 § 1, D. 2, 5).[5]) Bei Unzuständigkeit (z. B. l. 6, D. 50, 7) darf er auf die Klage nicht weiter eingehen, vor allem keinen Geschworenen bestellen, sondern muss sie abweisen. So denegiert z. B. der Prätor jede in Rom gegen einen Gesandten erhobene actio (in rem), damit er nicht an der Verrichtung des von ihm übernommenen Gesandtschaftsamtes gehindert wird (l. 24 § 2, D. 5, 1), und zwar selbst dann, wenn der Gesandte die Unzuständigkeit nicht geltend macht (l. 2 § 1, D. 5, 1). Aus demselben Anlass findet sich das denegari a. in ll. 26, 28, pr. D. 5, 1. Wäre nämlich die Zuständigkeit erst in dem das Verfahren in iure und damit die Gerichtsanwesenheit beider Teile, vor allem des Beklagten, voraussetzenden Judicium in Erwägung gezogen worden, so hätte das denegare a. für diesen Fall: „*ne ab officio suscepto legationis avocaretur neve impediretur legatio*“ ihren Zweck verfehlt.

Die denegatio a. findet sich wegen Geltendmachung des ius revocandi domum[6]) in l. 5 § 1, D. 13, 5 (cf. l. 2 §§ 2—5, D. 5, 1). — Vorschriften über die Gerichtskompetenz enthalten l. 38 u.

---

[1]) l. 80 D. 5, 1; l. 57 D. 42, 1; vgl. Ihering, I. § 12 S. 168f.; 175; Bülow S. 285ff. [2]) l. un. C. 3, 5; l. 1 § 11 D. 49, 4; l. 5 pr. D. 47, 10; ll. 16. 17 D. 2, 1; l. 6 pr. C. 2, 6; l. 16 C. 3, 1. [3]) Hellwig II S. 14. 15 A. 11; S. 80ff.; Keller S. 336 A. 776. [4]) Vgl. Bülow S. 285ff; Helmolt S. 67f. [5]) So auch Bülow S 1ff.; 285ff.; Helmolt a. O.; Planck (Lit. S. 5 A. 1) S. 168; Girard-Mayr S. 1094 A. 1; 1099 A. 1. [6]) Was darunter verstanden wurde, sagt l. 35 § 2 D. 12, 2; dazu Schlesinger (Lit. S. 5 A. 1) S. 888. 889. — Vgl. Merkel II. S. 10 für den Fall, dass ein civis Romanus oder gar ein Senatsmitglied vor das Gericht des Provinzialstatthalters voziert wurde.

l. 19 § 4, D. 5, 1; l. 29 § 4, D. 5, 2; l. 68 § 4, D. 36, 1, ferner manche Volksgesetze, die dem Magistrat verboten, in den seiner Jurisdiktion nicht unterworfenen Prozessen eine Klage zu erteilen (cf. Paul. sent. V 5a § 1). So die lex Rubr. de Gallia Cisalp. (c. 21), lex agraria (15, 17), lex Malacitana (65, 69) und lex Mamilia (4, 5).[1])

Bei mangelnder Kompetenz verwies der Prätor zugleich den Prozess an das zuständige Gericht[2]) und sorgte dafür, dass auch dorthin das Vadimonium geleistet wurde.[3])

Leitete jedoch ein inkompetenter Magistrat das Judizium ein, so war seine eigene Tätigkeit und alles, was sich daran anschloss, iudicium ipsum und sententia iudicis, nichtig (l. 1 § 2, D. 2, 2).[4])

Die Unzuständigkeit konnte durch Parteienübereinkunft, wobei Kenntnis und ausdrückliche Einwilligung des Prätors nicht erforderlich war, gehoben werden. Der Prätor konnte aber trotz dieser Prorogation die actio denegieren (l. 2 § 1, D. 5, 1).[5])

Die Entscheidung über formale prozessuale Vorfragen, wie die Zuständigkeit, wurde nicht mittels einer exceptio oder anderen Art von Einrede dem Judex übertragen. Es liegt wenigstens keine Veranlassung zu dieser Annahme vor. Erfuhr der Prätor doch aus dem von den Parteien spontan oder auf seine Fragen vorgebrachten Material, ob er kompetent war oder nicht. Kenntnis der Zuständigkeit dürfen wir dem Gerichtsmagistrate unbedenklich zutrauen;[6]) jedenfalls ist schlecht denkbar, dass er sich darüber erst beim Judex Rat geholt hätte.

War der Zuständigkeitsmangel liquid, so wies er einfach den Prozess ab. Andernfalls war die Verbindung einer Formelanweisung: „eventuell den Prozess abzuweisen" mit der anderen: „oder eventuell in der Sache selbst zu erkennen", wie Schott richtig bemerkt,[7]) schon aus technischen Gründen kaum möglich. Die Quellen erwähnen eine derartige exceptio nicht, mit Aus-

[1]) Über die (scheinbare) Kompetenzgrenze des Fragm. Atest. (Bruns I. p. 101 n. 4) vgl. Kipp, Quellen S. 43. 44 A. 12. [2]) Cic. ad fam. 13, 14; in Verr. act. III. 60, 138. 139; Plinius, Ep. 10, 73. 77; l. 5 § 3 D. 36, 3; l. 4 pr. D. 39, 2; l. 13 D. 42, 4; l. 1 § 8; l. 2 D. 26, 10. [3]) l. 2 § 6 D. 5, 1; lex Rubr. c. 21 i. f. (Bruns I. p. 99). [4]) S. o. S. 5 A. 4 u. S. 6 A. 3. [5]) S. o. S. 6 A. 5 (Text). — Vgl. im Anschluss hieran C. 7, 4. [6]) S. A. 3. [7]) Schott I S. 26f.

nahme von l. 7 pr. D. 2, 8 *(praescriptio fori)*. Hier ist aber zu erwägen, dass diese von Ulpian herrührende Stelle, wenn sie tatsächlich eine Ausnahme von der Regel bedeuten sollte, mit dessen eigenen Worten in l. 2 § 6, D. 5, 1: „ipse praetor debet c. c. statuere" im Widerspruch stehen würde, und dass es sich um einen noch gar nicht anhängigen, vielleicht nie ins Leben tretenden Prozess gegen den fideiussor handelt. Auch die die *praescriptio fori* umschreibenden Ausdrücke: „*iure fori*" und „*privilegio*" an Stellen, wo man sonst gerade „praescriptio" erwarten würde, sowie das „*videndum quid iuris*" deuten darauf hin, dass praescriptio in jener Zusammensetzung, wie auch sonst vielfach, nur materiell als Verteidigungsmittel des Beklagten gebraucht ist, das er in dem eventuell beginnenden Verfahren gebrauchen könnte; nicht aber als Ausdruck der technisch-prozessualen, einen Teil der Formula bildenden praescriptio und exceptio.[1])

Eine Prüfung der Kompetenz des Prätors durch den Judex mittels sponsio praeiudicialis halte ich für mindestens bedenklich, da eine solche Überweisung immerhin die rechtsgültige Bestellung eines Judex erfordert hätte. Eine rechtswirksame constitutio iudicii ist aber abhängig von der Kompetenz des Prätors (cf. l. 24 § 2, D. 5, 1 verb. mit l. 1 § 2, D. 2, 2). Auch fehlen jegliche Quellenbelege für die Überlassung derartiger Vorentscheidungen an den Geschwornen.[2])

2. **Die Prozess- und Postulationsfähigkeit**. Die Prozessfähigkeit wird mit der Postulationsfähigkeit in D. 3, 1 unter der Postulationsfähigkeit im weiteren Sinne abgehandelt.

„*Postulieren*" *im weiteren Sinne* ist das ordnungsmässige Verhandeln vor Gericht, wobei die Parteien entweder in eigener Person tätig werden oder sich eines Beistandes oder Stellvertreters bedienen (l. 1 § 2, D. 3, 1).

Der Prätor unterschied hinsichtlich der Postulationsunfähigkeit drei Klassen (l. 1 § 1, D. h. t.):

1. solche, die gänzlich, selbst in eigener Sache, vom Postulieren ausgeschlossen sind: Minderjährige unter 17 Jahren, Taube

[1]) Ebenso Bülow S. 100f.; Planck S. 9. 10 A. 9; derselbe (Lit. S. 5 A. 1) S. 168; Schott I. S. 26. — A. A. Schlesinger (Lit. S. 5 A. 1: S. 890. 891), der eine wahre exceptio fori für notwendig hält. [2]) A. M., wenn auch schwankend, Schott I. S. 27.

(l. 1 §§ 1, 3, D. h. t.) und Geisteskranke (l. 9, D. 42, 1; cf. l. 5 § 2, D. 9, 2; l. 6, C. 5, 70);

2. solche, die nur für sich postulieren dürfen: Frauen, Blinde und ärgste ignominiosi (l. 1 §§ 1, 5, D. h. t.);[1])

3. solche, die nur für sich und bestimmte nächste Angehörige postulieren dürfen (l. 1 §§ 1, 7, 8; ll. 2—6; l. 11 § 1, D. h. t.; ll. 1, ss. D. 3, 2; l. 6 § 1, D. 48, 11): die übrigen infames, wie überhaupt alle, qui lege, plebiscito, senatus consulto, edicto, decreto principum nisi pro certis personis postulare prohibentur.

Prozessunfähig sind unter diesen Personen die der ersten Klasse Angehörenden. Dazu kommen noch die Pupillen und Minderjährigen ohne ihren Vormund (l. 45. § 2. D. 42, 1; qui legitimam personam in iudiciis habent vel non, C. 3, 6); Frauen ohne auctoritas ihres Tutors, si legitimo iudicio agatur (Gai. Inst. I. 184; III. 83; — Ulp. lib. sing. XI. 24. 27.), und der Sklave (l. 6. C. 3, 1.).

Darnach ergibt sich als Begriff der *Postulationsfähigkeit im engeren Sinn* die Fähigkeit, entweder nur für sich selbst, persönlich, oder nur für gewisse im Edikt oder Gesetz bezeichnete Personen Anträge an den Magistrat zu richten.

Der Prätor prüft das Vorhandensein der Prozess- und Postulationsfähigkeit (i. e. S.) von Amtswegen und verbietet dem (absolut oder relativ) Postulationsunfähigen, insoweit Prozessanträge zu stellen, selbst wenn sich der Gegner mit dem Mangel einverstanden erklärt (l. 7. D. 3, 1.). Da das postulare sich darin äussert, *suum vel amici sui desiderium in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere: vel alterius desiderio contradicere* (l. 1. § 2. D. h. t.), so wird selbstverständlich die Fähigkeit dazu auch in iure geprüft[2]). Eine Untersuchung durch den Judex ist um so unwahrscheinlicher, als gerade der Prätor in seinem edictum (album) *hunc titulum proposuit habendae rationis causa suaeque dignitatis tuendae et decoris sui causa, ne sine delectu passim apud se postuletur* (l. 1. pr. D. h. t.). Undenkbar aber ist eine Überweisung an den Judex im Wege des Präjudizialverfahrens, der exceptio oder praescriptio nicht. Namentlich in Fällen, die

[1]) Doch durften diese tutoris seu curatoris nomine postulieren (l. 6 D. 3. 1; cf. Fr. Vat. 304). [2]) Ebenso Schott I. S. 28.

eine umfangreiche Beweisaufnahme beanspruchten, wird der Prätor im Interesse rascher Rechtsprechung zu diesen Mitteln gegriffen haben. — Auch der Geschworene hat während der ganzen übrigen Prozessverhandlung darauf zu sehen, dass die Parteien die Prozessfähigkeit noch besitzen. — Regelmässig jedoch fand die Prüfung bereits in iure statt.

Das Vorhandensein der Postulationsfähigkeit (i. e. S.) und ihr Wegfall wird dagegen vom Judex ex officio nicht geprüft, falls der Prozess, unter Verneinung der Postulationsunfähigkeit (i. e. S.) seitens des Prätors, in gewohnter Weise in das Judizium gekommen ist. Dadurch vor allem unterscheiden sich Prozess- und Postulationsfähigkeit (i. e. S.) von einander[1]).

Da Prozess- und Postulationsfähigkeit als „rein persönliche Eigenschaften" mit dem geltend gemachten „Anspruch" (Prozessgegenstand) nicht zusammenhängen, findet sich in D. 3, 1 statt denegare a. durchgehend *„prohibere postulare"* (l. 1. pr. §§ 3. 5. 8; ll. 7. 9. D. h. t.). Nur in l. 1. § 7. D. h. t. ist „denegare postulandi facultatem" gebraucht, ein Beweis dafür, dass das „prohibere postulare" die Wirkungen des denegare a. geäussert hat[2]).

Ferner prüft der Prätor, ob die beklagte Partei zu denjenigen Personen gehört, die entweder überhaupt nicht oder nur unter besonderen Voraussetzungen in ius voziert werden dürfen. Der Rechtsschutzanspruch wird hier derartig modifiziert, dass der Kläger ihn nicht so auszuüben vermag, wie er es unter regelmässigen Umständen tun könnte[3]). So dürfen garnicht verklagt werden: Konsuln, Präfekten, Prätoren, Prokonsuln, Diktatoren und die übrigen Magistrate, qui imperium potestatemve habent;

---

[1]) Ein weiterer Unterschied bezieht sich auf die Folgen einer Übersehung der Postulationsunfähigkeit (i. e. S.). Während das bei mangelnder Prozessfähigkeit ergangene Urteil nichtig ist (cf. l. 9 l. 45 § 2 D. 42, 1; l. 73 §§ 1. 2 D. 5, 1 mit l. 54 pr. D. 42, 1), ist das trotz fehlender Postulationsfähigkeit (i. e. S.) für oder wider den Postulationsunfähigen (i. e. S.) als dominus litis ergangene Urteil wirksam (l. 8 § 2 D. 3, 3; l. 13 C. 2, 12).

[2]) Vgl. Schott I. S. 29. — Es versteht sich von selbst, dass dies nur für den Fall gilt, wenn sich die postulatio auf ein „actionem dare" bezog.

[3]) Schott (a. O.) spricht hier (paradox) von „passiver Postulationsunfähigkeit". — Es handelt sich aber nicht so sehr um eine persönliche Eigenschaft des Beklagten, als vielmehr um eine Beschränkung des Klägers.

ferner nicht die tribuni pl.[1]). Bei anderen Personen bedarf es wieder zur in ius vocatio experiundi iuris causa der besonderen Erlaubnis des Prätors nach Massgabe des Edikts (l. 4 § 1, D. 2, 4). Erfolgt diesen Vorschriften zuwider eine Ladung, so wird die Klage abgewiesen. Desgleichen werden infamierende und sonstige entehrende Aktionen gegen Eltern, Ehegatten und Patrone denegiert (l. 2, D. 25, 2; ll. 5—7, D. 37, 15; l. 11 § 1, D. 4, 3; cf. l. 16 u. 17, D. 47,2), und zwar trotz Bereitwilligkeit der Eltern etc. zur Annahme des Judiziums (l. 2, D. 37, 15; cf. l. 11 §§ 7, 8, D. 47, 10).

Aus l. 11 §§ 7, 8, D. 47, 10 geht hervor, dass diese Tatsachen in iure geprüft werden; denn ein non dare (denegare) a. kann nur vom Prätor ausgesprochen werden.

Eine Überweisung der Untersuchung an den Geschworenen in der üblichen Form ist möglich.

3. **Zulässigkeit der Stellvertretung.** Mit Rücksicht auf die Anschauung des älteren Rechts, wonach die Legitimation des Stellvertreters, da er durch die Litiskontestation zum dominus litis wurde, als Sachlegitimation galt, findet sich in den weitaus meisten Fällen die exceptio cognitoria und procuratoria[2]). Beide Exzeptionen rügen nicht etwa einen Mangel in den prozessualen Vorbedingungen, sondern in dem materiellen Rechtserwerb, indem sie den Übergang des eingeklagten Rechtsanspruches auf den gegenwärtigen Kläger bestreiten. „Wer keine Vollmacht erhalten hat, oder von einer Person, die überhaupt nicht oder nicht ihn bevollmächtigen durfte, — und auf diesem Gebiete bewegen sich die Exzeptionen —, der hat den Rechtsanspruch, den er in dem bestellten Judizium geltend machen will, nicht erworben“[3]).

Im späteren Recht, als man sich von der materiellrechtlichen Auffassung dieses Verhältnisses frei gemacht hatte, findet sich die Prüfung dieser Prozessvoraussetzung[4]) konsequenterweise im Vorbereitungsverfahren (l. 13 § 2, D. 39, 1)[5]), und zwar wird die fehlende Postulierungsfähigkeit des Prokurators vom Prätor ex officio untersucht (l. 8 § 2, D. 3, 3). Jedoch wird es wohl selten vorgekommen

[1]) cf. Appian. bell. civ. 2, 138; Mommsen, I. S. 706 A. 4. [2]) cf. ll. 57. 62. 78 § 1 D. 3, 3; l. 29 § 4 D. 17, 1; l. 6 D. 39, 1; l. 39 § 3 D. 39, 2; l. 23 D. 46, 8 (s. aber u. S. 12. 13). [3]) Planck (Lit. S. 5 A. 1) S. 168. 169. [4]) Ebenso Planck a. O. S. 171. [5]) Vgl. Bülow S. 288f.; dazu Planck a. O.; Keller § 50 A. 589; §§ 52ff.; Schott I. S. 80ff.

sein, dass ein völlig Unberechtigter in iure für den Kläger (l. 33 § 3, D. 3, 3) oder den Beklagten (l. 46 § 2, D. eod.) auftrat, da er die cautio dominum rem ratam habiturum, bzw. die cautio iudicatum solvi leisten musste, sodass er Gefahr lief, sie zu verlieren.

Oft, und namentlich in älterer Zeit wird man sich bei der satisdatio de rato seitens des falsus procurator, tutor, curator oder actor beruhigt haben, und erst allmählich wurde dem Beklagten gestattet, den falschen Vertreter trotz jener Satisdation mittels exceptio zurückzuweisen[1].

Meist wird sich der Streit weniger um das „ob", als um den „Umfang des Mandates" gedreht haben (l. 62, D. 3, 3). Auch wird der Prätor schwerlich wegen mangelnden (vorgängigen) Auftrages stets die Aktio verweigert haben, da er u. U. eine (auftraglose) negotiorum gestio voraussetzen durfte. Durch eine konstante Denegation nach dieser Richtung hin hätte er aber jenes Rechtsinstitut einfach „lahmgelegt"[2].

Die Aktio wird z. B. denegiert, falls jemand in dem einen Prozess zwar für seinen Herrn klagen will, im anderen aber ihn so, wie das prätorische Edikt es vorschreibt, zu verteidigen sich weigert (ll. 33, § 3; 43, § 4, D. 3, 3; cf. l. 5, C. 2, 12[3]). Die Prüfung findet in iure statt. Denn da die Einlassungspflicht jedem dritten gegenüber bestand (Fragm. Vat. 330), so wäre, wenn eine exceptio den Streit in das Judizium verwiesen hätte, der Prozessgegner unbilligerweise mit den ihn garnichts angehenden Angelegenheiten eines beliebigen Dritten belästigt worden, zumal die Defensionspflicht nur „viri boni arbitratu" bestand, und daher ein Eingehen auf das fremde Streitverhältnis nötig war.[4])

Die prozessualen Pflichten des Prokurators gibt l. 35 § 2 D. 3, 3 an. Was zum „defendere" gehört, sagt l. 35 § 3 D. eod. Nichterfüllung dieser Pflichten gibt häufig Anlass zur denegatio a. (vgl. l. 7 § 1 D. 39, 1; cf. l. 43 § 4 D. 3, 3; l. 5 C. 2, 12; l. 39 § 3 D. 3, 3; cf. l. 3 § 4 D. 25, 2; l. 8 § 3; l. 14 D. 3, 3; cf. l. 43 § 6; l. 45 pr.; l. 33 § 3 D. 3, 3).

---

[1]) Schlesinger (Lit. S. 5 A. 1) S. 893. [2]) Schott I. S. 81; Keller § 52 A. 616. [3]) Die constit. stammt aus dem J. 212 p. Chr. und enthält ein chronologisches Mittel zur Feststellung, wie lange etwa die denegatio a. sich erhalten hat (s. u. S. 145 A. 2). [4]) Vgl. Schott I. S. 82.

Diejenigen Personen, welche zur Übernahme der Kognitur unfähig sind, werden zurückgewiesen, und zwar scheidet das honorarische Recht diese Unfähigen in zwei Kategorien, einmal solche, welche selbst mit des Prozessgegners Zustimmung nicht Kognitor sein können, ferner solche, welche nur dann dazu nicht imstande sind, wenn der Gegner die Unfähigkeit rügt.[1])

Zur ersten Klasse rechnen die milites, die Frauen (ausser als cognitores, bezw. procuratores in rem suam) und die meisten Infamen. Ihre Unfähigkeit wird vom Prätor bereits in iure ex officio geprüft.

Soweit die Zurückweisung des Vertreters aber vom Willen der Gegenpartei abhängt, findet sich die exceptio cognitoria und procuratoria.[2]) Ist die exceptio liquid, so ist der Prätor zur denegatio a. berechtigt.[3]).

In der justinianischen Kompilation hat das Exceptionensystem alter Zeit wieder in vollem Umfang den Vorrang erlangt.[4])

4. Editio actionis. Zu den Prozessvoraussetzungen gehört auch eine ordnungsmässige Klageerhebung.

Dies ist neuerdings von Schott bestritten worden[5]) in dem Sinne, dass eine Editionspflicht weder vor noch bei dem Erscheinen der Parteien in iure bestanden habe; dass die viel erörterte Ulpian-Stelle: l. 1, D. 2, 13 (de edendo) nicht, wie allgemein angenommen werde, sich auf den Beginn des Verfahrens in iure, sondern auf den Zeitpunkt der Litiskontestation beziehe, und dass sich im Verlaufe dieses das Jus abschliessenden Prozessaktes das edere a. abgespielt habe.[6])

---

[1]) Ausführlich darüber Keller S. 275 f. [2]) Nach Schlesinger (Lit. S. 5 A. 1: S. 892. 893) ist eine exc. cognit. nur denkbar als Exzeption mangels Fähigkeit, nicht aber mangels Vollmacht, da der cognitor, wie „aus allgemeinen Erwägungen" zu folgern sei, in einer bestimmten Form in Gegenwart des Gegners bestellt werde, und somit die Frage, ob er bestellt sei oder nicht, schon in iure liquid sei. In den Quellen komme eine exceptio cognit. mangels Vollmacht nicht vor. [3]) So wohl auch Keller § 54 A. 641. 642. [4]) Vgl. Lenel, Ed. S. 90 ff. u. Lit. [5]) Schott I. S. 32 ff.; II. S. 28 ff.; 43 ff. — Gegen ihn Bekker Z. 24 (37) S. 354 ff.; Klingmüller S. 261 ff.; Lenel S. 60 A. 3; Schutz S. 5 ff. [6]) Vgl. Kritik von Bekker a. O. S. 344 und Lenel a. O. S. 60 A. 3 über den Wert der Schott'schen Ansicht.

Dass der Kläger überhaupt, sei es nun vor oder in oder — als Abschluss — nach dem Verfahren in iure, die actio edieren musste,[1]) geht aus Ulpians Worten de edendo (l. 1 pr. D. h. t.) unzweideutig hervor. Zweifelhaft ist nur, wann es zu diesem von Ulpian beschriebenen edere kam. Aber unrichtig scheint die Annahme, dass es lediglich[2]) bei der l. c. geschehen sein soll. Weisen doch die Worte in l. 1 pr.: „*actione agere velit*" und „*acturus*" darauf hin, dass die actio noch nicht begonnen, sondern erst beabsichtigt ist,[3]) und darum kann dieses edere nicht in der l. c. enthalten sein, sondern muss vor diesem Zeitpunkt liegen. Dafür spricht auch Cic. pro Caec. 3, 8[4]) und l. 42. D. 50, 17 (cf. l. 3, C. 2, 1[5]).)

Schott sieht sich zu der von ihm m. W. zum erstenmale aufgestellten Ansicht genötigt, weil er in der „*actio*" nur die formula praetoris erblickt, die der Kläger bei der l. c. vom Magistrat erhält. Diese Einengung der Bedeutung von „actio" ist aber ungerechtfertigt [s. u. S. 101 A. 1], namentlich im Hinblick auf die Ulpian-Stelle, in der „*actione*" echt und nicht etwa für „*formula*" interpoliert ist.[6])

[1]) Keller §§ 47. 50; Kipp, Litisd. S. 143ff.; Lenel a. O. S. 59f.; Schultze §§ 20. 21; Wenger, Act. §§ 14f.; ders. in Pauly-Wissowa S. 1900f. s. „editio"; Salkowski S. 573f.; Girard-Mayr II. S. 1095 A. 1; Bekker Z. 15 (28) S. 181f.; 27 (40) S. 4; Klingmüller S. 264; Wlassak Z. 25 (38) S. 150. 169; Schutz S. 5ff. 9f. [2]) Dass es nicht nur vor dem Prozess, sondern auch im Prozess ein edere a. gegeben haben soll, enthält keinen Widerspruch: denn unter *edere* ist u. E. nicht ein fester Begriff zu verstehen, sondern ein Begriff, der auch Umstände in sich aufnimmt, die nicht in dem Wort edere liegen. Edere = e-dare heisst: etwas von sich geben, im juristischen Sprachgebrauch: vorlegen, angeben, verabfolgen etc. Ob man ein Aktionenschema oder eine ausgearbeitete Formel, ob man vor dem Prozess oder erst im Jus ediert, kann für den Begriff *edere* gleichgültig sein (Wenger a. O. S. 1960 sub „editio" [1]; Schutz S. 6 A. 3; S. 7). [3]) Vgl. l. 64 § 1 D. 5, 1; l. 10 § 2 D. 2, 11; l. 5 D. 44, 2; ferner Wlassak, Cogn. S. 7f., 11; Lenel, Pal. I. p. 1092 Nr. 808 (l. 8 D. 46, 7); Sohm § 47 A. 3; Wenger a. O. S. 1960ff. u. Lit.; Brissonius p. 33. 34. — Dagegen Schott I. S. 56. 57. [4]) Praetor is, qui iudicia dat, numquam petitori praestituit, qua illum actione uti velit. [5]) Edita actio speciem futurae litis demonstrat (heisst es freilich — die const. stammt aus d. J. 202 n. Chr. — vom Extraordinarverfahren). [6]) Ebenso Wenger a. O. S. 1061; Lenel, Ed. S. 48 A. 13; zweifelnd Wlassak LC. S. 40 A. 4.

Schott[1]) leugnet die Editionspflicht mit der Begründung, dass es eine dem Laien nicht zuzumutende Rechtspflicht sei, den Tatbestand rechtlich zu qualifizieren, zumal sogar dem gelehrten Richter die Subsumtion der Ansprüche unter das Gesetz Schwierigkeiten bereite, während er eine zivilrechtliche Benennung des Anspruchs als dem Laien möglich zugibt.

Demgegenüber — und das mag zur Widerlegung Schotts in diesem Punkte genügen — kommt in Betracht, dass für den Römer bei Betrachtung und Geltendmachung eines Rechts nicht die zivilrechtliche Forderung das Primäre ist, sodass er auf dieser Grundlage erst die actio bildet, sondern dass er jedes Rechtsverhältnis und jede Verpflichtung, die für ihn rechtlich von Bedeutung ist, von Anfang an unter dem Gesichtspunkte der actio betrachtet.[2]) Ist die zivil-(materiell-)rechtliche Angabe des Anspruchs möglich (Schott), dann stehen der prozessualrechtlichen Benennung des vermeintlichen Rechts sonach unüberwindliche Schwierigkeiten kaum entgegen.[3]) Der Römer wird, da er die Rechtsverhältnisse nach Aktionen ordnete, jeden Anspruch sofort unter der bestimmten actio benannt haben.[4]) Allerdings konnte die Auswahl der actio, besonders im Fall einer actio in factum, ihre Schwierigkeiten haben. Aber gerade die Tatsache, dass nach den Quellen dem Kläger überhaupt Schwierigkeiten erwuchsen, zeigt, dass dem Kläger die editio a. oblag.[5])

Vermutlich ging das edere a. der l. 1, D. 2, 13 so vor sich, dass der Kläger bei Beginn des Jus sein Begehren und die dafür in Betracht kommende Klagformel in grossen Zügen, provisorisch, ohne strenge Bindung an das Gesagte, vortrug („vorbereitendes" edere). Die nachfolgende Streitverhandlung, bei der er alles

[1]) Schott I. S. 37. [2]) Bekker Z. 24 (37) S. 354; Windscheid-Kipp, Pand. I S. 189ff.; Schutz S. 26f. [3]) Vgl. Wenger a. O. S. 1961, der (gegen Schott) zutreffend ins Feld führt, dass die sog. „editio formulae" keine „bereits perfekte Formel" bildete, sondern dass es Sache des Prätors war, den Parteien eine „endgültig redigierte Formel" zu geben; ders. Act. S. 121; Lenel Z. 15 (28) S. 389. [4]) Schutz S. 7, 8. [5]) Schutz S. 8. — Auf Bekkers (Z. 24 [37] S. 355) Polemik hin hat Schott (II S. 30ff.) seine Ansicht dahin abgeschwächt, dass die actio allgemein angegeben werden musste, mit der Einschränkung jedoch, dass die a. nicht schon vom Kläger in bezug auf den darunter eingeklagten Anspruch ausgearbeitet zu sein brauchte.

vorzubringen hatte, „was als Grundlage für die contentio erforderlich und für die vollständige Ausarbeitung der Formel wesentlich war“,[1]) bezweckte dann, die zur Abfassung der eventuell zu gewährenden Formel erforderliche Spezialisierung des Prozessgegenstandes herbeizuführen.

Nach genügender (worüber der Prätor zu befinden hat) Erörterung und Festlegung des Klagbegehrens erfolgte das andere, präzisierende, „definitive“ edere. Dieses lag (mit Rücksicht auf ll. 21, 33, D. 5, 1) wahrscheinlich unmittelbar vor der l. c. derart, dass der Kläger noch einmal das im Jus Verhandelte präzis und juristisch formuliert vortrug. Der Beklagte mochte dann überlegen, ob er es zur l. c. kommen lassen wollte. — Der eigentlichen editio a. ging also wohl regelmässig eine längere Hin- und Widerrede in freier Form voraus (cf. l. 1, C. 3,9; l. 3. C. 2, 1).[2])

Denkbar ist auch, dass das „vorbereitende“ edere a. formlos und aussergerichtlich, gelegentlich der in ius vocatio, geschah, um durch Mitteilung des wesentlichen Inhalts des Klagegegenstandes von Seiten des Klägers an den Beklagten einen Termin vor dem Prätor zu sparen, während das andere, formelle edere sich mit dem accipere iudicium (actionem, formulam) zur Litiskontestation vereinigte, „der an den Prätor gerichteten impetratio actionis vergleichbar“.[3])

Bei der Dürftigkeit der Quellen ist auch unbekannt, in welcher Weise sich für gewöhnlich die editio a. abspielte, woraus vielleicht auf den Zeitpunkt ihrer Vornahme zu schliessen wäre. Denn l. 1 pr. D. 2, 13 statuiert lediglich Notwendigkeit und Zweck der editio, und § 1, dessen Worte: *„edere est etiam copiam describendi facere: vel in libello complecti et dare: vel dictare“*

---

[1]) Schutz S. 10. [2]) So ungefähr die h. M., z. B. Hartmann I S. 461. A. 62; Wlassak I und II sub. „edere a.“ (Sachregister); LC. S. 43ff.; Cogn. S. 7f., 11; Z. 25 (38) S. 169 A. 1; Wenger Act. §§ 14ff.; in Pauly-Wissowa S. 1961f.; Pfersche, Interdikte S. 94f.; Lenel Z. 15 (28) S. 388f. [S. u. A. 3]. [3]) Wlassak Cogn. S. 12; LC. S. 43ff.; Z. 25 (38) S. 156, 159; Kipp a. O.; Lenel Ed. S. 59ff.; Z. 15 (28) S. 374ff. (bes. S. 385f.); Kübler Z. 16 (29) S. 178; Trampedach Z. 18 (31) S. 117, 118 A. 6; Pfersche a. O.; Salkowski S. 573; Schutz S. 6 A. 2; S. 11 A. 4 (mit Beziehung auf Paul. fr. 881); S. 18, 19; Wenger a. O. S. 1960f. (der sogar ein dreimaliges edere annimmt, aussergerichtlich, in iure und bei der Litiskontestation).

wohl interpoliert sind, gibt auch nur (*„etiam“ — „quoque“!*) Modifikationen der im pr. gemeinten Editionsform. Deren Vornahme war gewiss so üblich und daher so allgemein bekannt, dass eine besondere Erwähnung Ulpian nicht erforderlich erschien. Vielleicht stand sie auch im Album deutlich genug, sodass es eines Kommentars nicht bedurfte; oder aber, was noch möglich ist (*„describere“, „libellus“, „dictare“* deuten darauf hin): die die jetzt unbekannte Editionsart betreffenden Worte des Ediktskommentars sind, da jene Editionsform nur auf den Formularprozess, nicht auf den unter Justinian herrschenden Libellprozess zugeschnitten war, von den Kompilatoren als antiquiert ausgeschieden worden, während das nunmehr überflüssige „etiam“ bezw. „quoque“ stehen blieb.

Diese uns unbekannte Editionsform kann einfacher oder komplizierter als die in § 1 angegebenen Formen gewesen sein. Überhaupt fehlt eine klare Definition des Wortes „edere“ in seiner ursprünglichen Bedeutung; denn was im pr. zur Begründung des „qua quisque actione agere vult, eam edere debet“ gesagt wird, gilt gleicherweise auch für § 1.

Jedenfalls bleibt die „schon längst als korrumpiert oder interpoliert erkannte Stelle“ l. 1 pr. und § 1 D. 2, 13 ganz „unverständlich“, wenn man sie, wie Schott, auf die Litiskontestation bezieht.[1])

Aber nicht nur über Zeitpunkt, Art und Inhalt der editio a. fehlt eine Quellenangabe, sondern auch jegliche Andeutung der Rechtsfolgen, die ihre Nichterfüllung nach sich zog.

Lenel nimmt wohl mit Recht an, dass diesenfalls „denegare iurisdictionem“ eintrat,[2]) das heisst: der Beklagte wurde nicht zur Stellung des Vadimoniums angehalten, und konnte u. U. sogar die actio iniuriarum gegen den malitiösen Kläger wegen schikanöser (cf. l. 38, D. 6, 1) in ius vocatio erheben.[3])

Vielleicht hatte der Beklagte gegen den Kläger noch schärfere Mittel, z. B. eine Strafklage;[4]) oder er konnte von vornherein für den Fall, dass der Kläger nicht ex edicto ediert haben sollte, eine repromissio decimae partis verlangen (Consult. VI 13).

---

[1]) S. Wenger: a. O. S. 1961. [2]) cf. l. 26. § 6 D. 4, 6. — (S. u. S. 109ff.) — A. M. Wenger: a. O. S. 1961. 1962. [3]) Lenel: Ed. S. 61 A. 1 (auch S. 60 A. 4). [4]) S. u. S. 112 A. 1. — Ebenso Wenger: a. O. S. 1961.

Der den säumigen Kläger treffende Rechtsnachteil muss, wie aus l. 1 § 5, D. 2, 13 folgt, so hart gewesen sein, dass bei gewissen Personen ein „subvenire" des Prätors notwendig war, um ihn abzuwenden.[1])

Im übrigen war der Beklagte schon dadurch hinlänglich geschützt, dass es infolge unterlassener Edition nicht zur l. c. kam.[2])

Wie immer man sich zur Editionspflicht in iure stellt, — stets ist zu bedenken, dass die Initiative im ordentlichen zivilen Verfahren den Parteien vorbehalten ist (Parteibetrieb). Der Magistrat tritt in Funktion erst auf das Ersuchen des Klägers hin, ihm in concreto den Rechtsschutz in einer gewissen Form zu gewähren; des Beklagten, jenem Gesuch nicht zu entsprechen.[3]) Ohne ein solches Verlangen ist keine richterliche Handlung möglich in einem von der Maxime des Parteibetriebes (nemo ius dicens sine actore) beherrschten Verfahrens.[4]) Unerlässlich ist darum die Bitte des Klägers um datio actionis, und zwar entweder Angabe eines der allbekannten Formelschemata und der zur Individualisierung erforderlichen Tatsachen oder aber, zweifellos in einer kleinen Minderzahl der Fälle, Begehrung eines nicht ediktsmässigen, überhaupt noch nicht allgemein anerkannten Rechtsbehelfes. Das Erbetene aber kann der Prätor denegieren. Zudem setzt ein non dare (denegare) a. begrifflich ein postulare (impetrare)[5]) oder edere a. voraus; das kann nicht bezweifelt werden, wenn man bedenkt, dass in zahlreichen Quellenstellen „*actio non datur*" nicht die Worte im prätorischen Album, sondern die prozessuale Tätigkeit des Gerichtsmagistrats selbst bezeichnet.

Schott gibt selbst zu[6]), dass das „Gewähren" des Rechtsschutzes ein „Verlangen" begrifflich voraussetzt. — Wie aber

---

[1]) Lenel: a. O.; Wenger a. O. [2]) Doch musste der Beklagte, selbst wenn der Kläger die ihm auferlegte Pflicht aussergerichtlicher Edition (sofern man eine solche annimmt) verletzte, trotzdem einer in ius vocatio folgen, und es war Sache des Magistrats, ihn in iure zu schützen (Wenger: a. O.). [3]) Ebenso Wlassak: Z. 25 (38) S. 137f.; wohl auch Klingmüller: S. 264, wenn er von einer „tatsächlichen" Verpflichtung des Klägers zum edere a. spricht. [4]) Ebenso Schutz: S. 11 (§ 7). [5]) l. 1 pr. D. 43, 18. [6]) Schott: II S. 16.

nach Schott das „Verlangen“ des Rechtsschutzes und die unerlässliche Darlegung des Klaginhaltes heissen soll, hat er nirgends ausgesprochen. Da wird selbst eifriges Durchforschen der Quellen wohl schwerlich einen anderen Erfolg haben als Rückkehr zum „edere a.“[1]). Undenkbar ist, dass die römischen Juristen niemals dieses bedeutsame prozessuale Element bei seinem wirklichen Namen genannt haben sollten.

Schott argumentiert[2]), es sei ihm nicht gelungen, eine Stelle zu finden, die einen Verstoss gegen diese der herrschenden Ansicht nach bestehende Pflicht rügt, insbesondere finde sich keine Denegation wegen mangelnder editio formulae, obwohl diese doch das nächstliegende Mittel gewesen wäre, die Edition zu erzwingen. Das habe ihn bewogen, die communis opinio endlich einmal nachzuprüfen; da sei er zu der Überzeugung gekommen, dass sie unhaltbar sei.

Die Unauffindbarkeit einer entsprechenden Quellenstelle hängt vermutlich einmal damit zusammen, dass das edere a. (formulam) eine Pflicht des Klägers war, die er unweigerlich erfüllen musste, um überhaupt richterliches Gehör zu erhalten, und die daher so selbstverständlich war, dass es der ausdrücklichen Androhung eines Rechtsnachteiles im Edikte oder Gesetze nicht bedurfte, gleichwie es Pflicht des Klägers oder seines Vertreters war, bei der Litiskontestation zugegen zu sein, oder den Beklagten in ius zu vozieren[3]). — Zum anderen aber damit[4]), dass eine denegatio a. bei mangelndem edere a. ebenso überflüssig wie prozessual unmöglich war, da bei Nichterfüllung der Editionspflicht noch gar keine actio vorlag, die zu denegieren gewesen wäre[5]). „Demnach

[1]) Vgl. auch Wenger: a. O. S. 1962: Die Parteitätigkeit des Klägers während des ganzen Verfahrens in iure heisst „edere“; der Kläger ist von Beginn bis zu Ende des Verfahrens in iure in einem beständigen „edere“ begriffen; Lenel: Z. 15 (28) S. 388ff. [2]) Schott: I S. 74; II S. 16f. [3]) Ähnlich Wenger: a. O. S. 1962: Eine denegatio a. wegen mangelnder Edition vor dem Magistrat ist praktisch ziemlich undenkbar, weil kein Kläger vor dem Prätor stumm gestanden haben wird. [4]) Klingmüller: S. 264, 265; Schutz: S. 11 A. 1 u. 2. [5]) Diesen Unterschied zwischen denegare actionem und denegare iurisdictionem als Folge mangelnder editio actionis verkennt offenbar Wenger (a. O. S. 1961), wenn er sagt: „Denegation der actio“ (sc. als Folge mangelnder editio a.) „wäre denkbar, ist aber in den Quellen nicht bezeugt, daher auch wohl nicht anzunehmen“.

hatte der Prätor auch gar keinen Grund, die Edition zu erzwingen“[1]).

5. **Dies fasti und nefasti.** An den dies nefasti ruhte im alten Rom die Rechtsprechung, da dem Prätor der Gebrauch der verba solemnia: „do, dico, addico“ und die diesen Worten entsprechende Tätigkeit verboten war (Varro de l. l. VI. §§ 29, 53; Ovid Fast. I. 47, 51; Macrob. sat. I. 16 §§ 14, 30)[2]).

Anders gestaltete sich die Sache im Formularprozess, wo die Bedeutung der dies fasti und nefasti wohl so gut wie beseitigt war. Dies lässt sich daraus entnehmen, dass die prozesstechnischen Redewendungen, z. B. dare und addicere iudicem, sich lediglich darauf beziehen, dass der Magistrat im Legisaktionenverfahren wirklich hatte sagen müssen: „Titium iudicem do“ oder „addico“[3]). Im Formularverfahren dagegen lauteten die „stereotypen‘ Formelworte für die Einsetzung des Judex ein für allemal: „Titius iudex esto“ oder bei Bestellung eines Kollegiums: „Titius Lucius Maevius iudices (recuperatores) sunto.“ So definiert auch Gaius (Instit. IV. 29) zu seiner Zeit den dies nefastus nicht mehr als einen dies, quo non *licet* ius dicere . . ., sondern als einen dies, quo non *licebat* lege agere. Damit beschränkt Gaius die Wirksamkeit der dies nefasti auf den damals antiquierten Legisaktionenprozess („lege agere“). Ausserdem zeigt das Präteritum „licebat“ an, dass zu Gaius' Zeiten nicht nur die dies nefasti selbst, sondern auch jene ganze Prozessform ein überwundener Standpunkt waren.

Wenn trotzdem in zahlreichen Quellenstellen das „iudicium *dabo*“ wiederkehrt, so sind dies eben die verheissenden Ediktsworte, die aber der Prätor selbst bei der nominatio iudicis in

---

[1]) Vgl. gegen Schott Keller: § 50; Bethmann-Hollweg: II S. 215; Rudorff: II § 69; Jörs: I S. 164, 219 ff.; Bekker: II S. 229 ff.; Kons. S. 102 ff.; Z. 24 (37) S. 368; Wlassak: LC. S. 43, 57; Cogn. S. 5; Heffter: Inst. S. 78, 277; Syst. S. 353; Wieding: §§ 5, 10, 28; Pernice: Z. 5 (18) S. 44; Wenger: Act. § 17 S. 121 ff.; Wenger: a. O. S. 1962 (der eine „Strafsanktion auf unterlassene Edition“ für „unnötig“ hält, „weil kein Kläger vor dem Prätor stumm gestanden haben wird“); Lenel: Ed. § 9, bes. S. 61 A. 1; Z. 15 (28) S. 385 ff.; Hartmann: I S. 466 ff.; Wetzell: Syst. des ordentl. Zivilpr. (Leipzig 1861) S. 44. [2]) Die nundinae sind erst seit der L. Hortensia dies fasti (Macrob. I 16 § 28). Vgl. Zimmern: § 109 A. 4; Ihering: II 2 § 47d A. 940 (S. 672). [3]) Wlassak: Z. 25 (38) S. 84.

der Formel nicht gebrauchte[1]). Das in manchen Volksgesetzen enthaltene Gebot an den Prätor: „iudicem dato" muss ebenso gedeutet werden[2]).

Auf einen anderen Standpunkt müssen sich natürlich diejenigen stellen, welche (irrtümlich) die Geltung der dies nefasti auch noch im Verfahren per concepta verba teils ausdrücklich behaupten[3]), teils wenigstens stillschweigend voraussetzen[4]). Wurde nämlich unter solchen Verhältnissen an einem dies nefastus eine Klage erhoben, so wurde sie vom Prätor denegiert.

II. Klagvoraussetzungen.

„Klagvoraussetzungen" sind diejenigen Voraussetzungen, bei deren Vorhandensein der Kläger das Recht hat, vom Staat Rechtsschutz in der Form eines bestimmten Urteils (zur Hauptsache) und zwar eines günstigen Urteils zu verlangen. Nur wenn die Klagvoraussetzungen gegeben sind, kann eine Klage auch wirklich Erfolg haben[5]).

Man unterscheidet zwei Arten Klagvoraussetzungen: die „prozessualen", welche lediglich prozessuale Fragen betreffen, und die „materiellen" Klagvoraussetzungen, die sich auf den Prozessgegenstand, nämlich Existenz, Inhalt und zivilistische Wirksamkeit des eingeklagten Rechtsverhältnisses beziehen.

a.

Zu den *prozessualen Klagvoraussetzungen* rechnen wir Parteifähigkeit, Zulässigkeit des zivilen Rechtsweges, Vorliegen eines Rechtsschutzgrundes („Rechtsschutzinteresses"), d. h. eine solche

[1]) So auch Rudorff: II S. 61; Hartmann: S. 16ff. [2]) Wlassak: II S. 341, 342. [3]) So Puchta: I S. 462 (die Unstatthaftigkeit der legisactio an solchem Tage wurde auch auf die Bestellung eines Judiziums nach der L. Aeb. ausgedehnt); Bethmann-Hollweg: Handb. d. Zivilpr. I S. 223, unter Berufung auf Macrob. sat. I 16 § 28 und Cic. epist. ad Att. VI 1 § 8 Stellen jedoch, die sich, wie aus einem Vergleich mit Varro de l. l. VI § 30 und Cic. pro Mur. c. 11 § 25 erhellt, auf den Legisaktionenprozess beziehen. [4]) So Mommsen: Röm. Chronol. S. 222ff.; Walter: I § 156 (cf. § 159); Keller: § 3; Karlowa: Legisakt. § 33 (S. die Lit. bei Puchta: a. O. A. l.). [5]) Hellwig: Anspr. §§ 16ff.; I §§ 22ff., 43ff.; II § 66 S. 16f.; Weismann: I S. 65ff.; Wach: I S. 19f.; Schmidt: S. 24. 678; Goldschmidt: S. 19 A. 93 u. zit. Lit. — (S. u. S. 105 A. 2).

Gestaltung der konkreten Verhältnisse, in der das Prozessrecht einen genügenden Grund für die Rechtsschutzgewährung erblickt[1]), Fehlen eines präjudizierlichen Prozesses[2]).

1. **Die Parteifähigkeit** oder prozessuale Rechtsfähigkeit hängt aufs engste mit der zivilen Rechtsfähigkeit zusammen. Sie fehlt, wenn und soweit jemand nicht rechtsfähig ist.

Nichtrechtsfähig waren die Sklaven und die in der Gewalt des pater familias befindlichen Hauskinder (l. 7, D. 44, 7). Ein Prozess zwischen Gewalthaber und Gewaltunterworfenen war höchstens hinsichtlich des peculium castrense möglich (l. 4, D. 5, 1).

Klagte ein Nichtparteifähiger, so kam es zur denegatio a., wenn der Prätor auf Grund einer von Amtswegen vorzunehmenden Kognition das Fehlen der Parteifähigkeit erfuhr. Das Gleiche galt, wenn ein Vertreter des Parteiunfähigen klagte oder verklagt wurde.

Die Parteifähigkeit konnte sowohl in iure als auch in iudicio geprüft werden.

2. **Die Zulässigkeit des zivilen Rechtsweges** wurde stets vom Prätor vor der constitutio iudicii untersucht. Dass der Prätor keine actio erteilte, wenn die Streitsache den Zivilgerichten nicht unterstand, folgt schon daraus, dass im Album eine passende Klage nicht proponiert sein konnte. Wenn in solchem Fall der Kläger um Erteilung einer actio in factum concepta bat, so hing es vom freien Ermessen des Magistrats ab, ob er sie erteilen oder verweigern wollte. Hierbei sah er dann, ob sich der Tatbestand zum zivilen Rechtsweg überhaupt eignete. Überweisung der Frage mittels praescriptio, exceptio oder sponsio praeiudicialis an den

---

[1]) A. M. Goldschmidt: S. 19 A. 93: „Aber der Rechtsschutzgrund ist materiell, freilich publizistisch", in Übereinstimmung mit Stein: Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes (1903) S. 22ff. — Im Sinne des Textes Hellwig: a. O. [2]) Bei dieser Einteilung der Klagvoraussetzungen in „prozessuale" und „materielle" ist aber nicht zu vergessen, dass die Römer zwischen Prozess- und Privatrecht nicht so streng geschieden haben, wie wir es heute in unserem Recht zu tun gewohnt sind. Die getrennte Darstellung der „prozessualen" und „materiellen" Klagvoraussetzungen passt eigentlich mehr für unser modernes Rechtssystem, aus dem sie auch ihren Ursprung herleitet. Wenn wir die Einteilung trotzdem auf das „römische Recht" übertragen, so geschieht es nur der Übersichtlichkeit halber.

Judex ist schwer denkbar (cf. Cic. de part. orat. dial. 28, 99; l. 6, D. 47, 10)[1]).

3. **Rechtsschutzinteresse.** Da zur datio a. das Vorliegen eines Rechtsschutzgrundes erforderlich war, so wurde bei Fehlen eines solchen Grundes die denegatio a. erlassen. So z. B., wenn der Beklagte in iure die Befriedigung des Klägers anbietet (l. 30, D. 46, 3; l. 73, D. 3, 3; cf. l. 21, D. 5, 1). Will dieser die angebotene schuldige Summe nicht annehmen und besteht er auf der constitutio iudicii, dann wird er mit seiner Klage abgewiesen.

Der Grund für das denegare a. liegt hier darin, dass durch das Zahlungsangebot des verklagten Schuldners der materiellrechtliche Anspruch des Klägers im Jus liquide gestellt ist, und dass der Rechtsschutzanspruch des Klägers mangels Rechtsschutzinteresses keine Daseinsberechtigung mehr hat. Eine Überweisung der „Streitsache" an den Geschworenen ist unnötig, da der eigentliche Zweck des Prozesses, die Befriedigung des Klägers, bereits erreicht ist[2]).

Bei (gerichtlichem) Anerkenntnis des Beklagten wird nicht erst die actio gewährt, sondern sofort zur Personalexekution mittelst addictio, eventuell duci iubere geschritten (Paul. sent. II. 1, 5)[3]).

Besteht der Kläger trotzdem auf datio a., dann wird er mit diesem Antrag zurückgewiesen[4]), und dies nicht nur, wenn eine confessio certae pecuniae (in iure) vorliegt, sondern auch, wenn der Beklagte sich auf eine actio certae pecuniae, z. B. infolge Verweigerung der sponsio tertiae partis oder der Mitwirkung bei der Geschworenenernennung oder bei der Streitbefestigung, nicht ordnungsmässig eingelassen hat [vgl. lex Rubria c. 21[5])][6]).

Denegatio a. erfolgt, wenn der Kläger in derselben Sache bereits ein Urteil erstritten hat und dieselbe Klage abermals erhebt. Ist oder wird dem Prätor dies bekannt, so denegiert er

---

[1]) Sohm: S. 265, 266; Schott: I S. 27f.; Bekker: Z. 27 (40) S. 6, der von „Prozessfähigkeit der Sache" spricht. — Bülow: a. O. S. 12, 13 rechnet „die Zulässigkeit des Rechtsweges" zu den Prozessvoraussetzungen; vgl. auch Schutz: S. 36. [2]) Interessant ist auch der Fall in l. 32 § 4 D. 16, 1: Denegation auf Grund der Sicherheitsleistung. — Vgl. dazu Schott: I S. 70, 106, 107 A. 6. [3]) Vgl. Lenel: Ed. S. 392ff. [4]) In diesem Sinne wohl auch Helmolt: S. 69f.; Schott: I S. 80. [5]) Bruns: I p. 99. [6]) Vgl. Schott: I S. 80; Girard-Mayr: II S. 1098 A. 2; Lenel: a. O. S. 393f.

die actio. Bei Illiquidität überweist er mittels Formel und inserierter exceptio rei iudicatae Untersuchung und Entscheidung dem Judizium. Der Judex mochte es vor dem Sachbegehren — prozesshindernd — abmachen. Es soll verhütet werden, dass durch Fällung verschiedener Urteile über dieselbe Sache gegen die Autorität des Gerichts verstossen wird. (Cic. pro Flacco 21, 49; l. 4, § 3, D. 9, 4; l. 6, D. 47, 10.)[1]).

Es genügt übrigens, dass die ältere Entscheidung nur zum Teil für das zweite Verfahren präjudiziell ist oder, wie Schott sich ausdrückt[2]), dass es eine Vorbedingung des Anspruches hinweggeräumt hat (l. 4, D. 37, 10).

Ist im Petitorium bereits ein Urteil zu Klägers Gunsten gefällt worden, so werden die possessorischen Klagen betreffs desselben Gegenstandes denegiert[3]).

Weitere Fälle bieten l. 1 § 11, D. 37, 10, l. 56 § 1, D. 21, 2 und l. 132, pr. D. 45, 1.

4. **Präjudizieller Rechtsstreit.** Prozessuale Klagvoraussetzung[4]) ist auch, dass die gleiche Rechtssache nicht bereits anderweitig rechtshängig gemacht ist, und dass kein Prozess schwebt, für welchen die Entscheidung des gegenwärtig angestellten, neuen Verfahrens ein Präjudiz bilden würde. Im römischen Recht soll die dem Range des Gerichts oder der Natur oder dem Gegenstande des Rechtsstreites nach grössere Sache vor der kleineren entschieden werden, wie anderseits diejenige vorausgehen soll, die einen Inzidentfeststellungspunkt für die zweite dartun soll (l. 54, D. 5, 1; l. 18, D. 44, 1; l. 7 pr. u. § 1, D. 5, 3). Dadurch sollte eine einheitliche Rechtspflege erreicht werden.

Ist der wichtigere (präjudizierbare) Prozess bereits rechtshängig, dann wird der unzulässige Eintritt des Präjudizes durch ein „Präjudizialdekret" des Prätors[5]) nach einer von Amtswegen

---

[1]) Bethmann-Hollweg: II § 86. — Im Sinne des Textes auch Gradenwitz: Volkspr. S. 396, speziell für die exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae. [2]) Schott: I S. 78; vgl. dazu Klingmüller: S. 266. [3]) Vgl. auch Schott: I S. 78f.; 86f. [4]) Die exceptio praeiudicialis will nämlich nicht das Zustandekommen des Prozesses, sondern die Anerkennung des geltend gemachten Klaganspruches verhindern und führt somit im Falle des Beweises zur absolutio ab actione. — S. Planck: (Lit. S.5 A. 1) S. 169. [5]) So Bülow: S. 161f.; Planck: a. O. S. 183ff.; Girard-Mayr: S. 1099 A. 1.

vorgenommenen Untersuchung verhindert (l. 7 pr. u. § 1, D. 5, 3). Ebenso, wenn der Kläger zwei Ansprüche geltend macht, von denen der eine für den anderen präjudizierlich ist, z. B. wenn „sub eodem iudice" gleichzeitig über die rei vindicatio und die actio communi dividundo entschieden werden soll. Hier muss der Prätor nach Africanus (l. 18, D. 44, 1) *intervenire nec permittere petitori, priusquam de proprietate constet, huiusmodi iudiciis experiri.* Die Frage aber, ob eine exceptio „quod praeiudicium fundo partive eius non fiat" obstet an deneganda sit, hat Africanus leider nicht direkt beantwortet; er verlangt nur, dass der Prätor von Amtswegen einschreitet. Daraus können wir schliessen, dass eine Berücksichtigung dieses Punktes von Amtswegen in dem Erlass einer denegatio a. oder in der datio a. mit eingefügter Exzeption ihren Ausdruck zu finden vermag. Die Wahl zwischen beiden Ausdrucksformen ist, wie ich dem gesamten Wesen der denegatio a. entsprechend annehme, so gewesen, dass bei Liquidität der Präjudizmöglichkeit und damit der exceptio praeiudicialis die actio denegiert wurde, während im anderen Falle die Untersuchung dem Judex überlassen wurde, wobei allerdings der Kläger infolge der Klagenkonsumtion schlechter gestellt war, als bei der denegatio formulae[1]). Dies Letztere war aber ein ziemlich wirksames Mittel, den Kläger zu veranlassen, bei Zeiten seine Klage fallenzulassen, um sie erst nach Erledigung der ersten von Neuem aufzunehmen.

Wenn in l. 7 pr. u. § 1, D. 5, 3 nur von „differre" und „sustinere" die Rede ist, so dürften diese Ausdrücke in ihrer Wirkung der „Abweisung der Klage als unzulässig" oder „Abweisung zur Zeit" gleichkommen.

Ähnliche Fälle finden sich in l. 52, D. 15, 1; l. 6, pr. D. 37, 10; l. 35, D. 49, 14 und bei Cic. in Verr. act. sec. III. 65; de inv. II. 20. Auch l. 1, D. 47, 8 gehört wohl hierher. Das denegare, ne praeiudicetur, begegnet in l. 6, D. 47, 10.

Ist dagegen der anhängige Rechtsstreit zu einem präjudiziellen erst im Laufe des Verfahrens geworden, so wird das Präjudiz nur in Ausnahmefällen und nur auf den Einspruch des Beklagten

---

[1]) So schon Planck: Mehrheit. S. 204ff.; gegen ihn Bülow: S. 161 f. A. 62.

hin abgewendet. In der Regel kommt es hier zur datio formulae mit inserierter Exzeption (l. 13, D. 44, 1)[1]).

Gegen Bülow nimmt die herrschende Meinung an, dass alle Arten von exceptiones praeiudicii sich auf den „Präjudizialnexus" auch zwischen zwei zu gleicher Zeit anhängigen Prozessen beziehen soll, während sie anderseits unumwunden zugibt, dass die Reihenfolge zweier neben einander anhängiger Prozesse ex officio reguliert werden muss[2]). Mit Recht macht Bülow dagegen geltend, dass es neben der exceptio praeiudicialis auch noch ein prätorisches Dekret gebe, welches mit jener nicht identifiziert werden dürfe[3]). Dieses Dekret ist, wie wir sahen, die denegatio a.

Die Frage kann hier nicht erschöpfend beantwortet werden. Dazu müsste ein noch grösseres Quellenmaterial aufgeboten werden, als Bülow schon herangezogen hat[4]). Ausserdem ist ihre Beantwortung für die Erkenntnis des Wesens der denegatio a. nur von relativ untergeordneter Bedeutung. Wir dürfen uns daher mit der Feststellung begnügen, dass das Fehlen eines Präjudizialnexus zu den prozessualen Klagvoraussetzungen gehört, und dass das Vorhandensein in gewissen Fällen zum denegare a. führen kann[5]).

b.

Die denegatio a. findet sich überaus zahreich, wo es an den *materiellen Klagvoraussetzungen* mangelt[6]), d. h., wo es sich um zivilrechtliche, Entstehung und Fortbestehen des geltend ge-

---

[1]) Vgl. Bülow: S. 112—236; bes. S. 127; Bethmann-Hollweg: II. S. 215; S. 399f.; Planck: a. O. S. 214 (c). [2]) Vgl. Planck: a. O. § 29, bes. S. 2, 163, 177, 195, 497ff. [3]) Bülow: S. 161f.; Girard-Mayr: a. O. [4]) Vgl. die neueste Lit. bei Girard-Mayr: a. O. [5]) Ebenso Schott: I S. 32. [6]) A. M. Bülow (zit. bei Schultze: § 20 A. 1), der (im Widerspruch mit den Quellen) die denegatio a. lediglich wegen Fehlens der formellen Voraussetzungen des Prozessverfahrens, also als „Abweisung angebrachtermassen", für zulässig hält, was mit der „freilich bestechenden, aber doch nur halb wahren Auffassung" zusammenhängt, dass das Jus als Vorbereitungsverfahren lediglich und ausschliesslich den Tatbestand des Prozessverhältnisses, das Judizium lediglich und ausschliesslich den Tatbestand des materiellen Streitverhältnisses zum Gegenstande gehabt hat; ferner Bruns-Lenel (S. o. S. 5 A. 1). — Dagegen Planck: (Lit. S. 5 A. 1) S. 172f.; Schlesinger: (Lit. ebendort) S. 903, 904; Schutz: S. 12, 37ff.

machten Anspruchs berührende Mängel handelt, die aus den von den Parteien spontan oder auf des Magistrats Fragen abgegebenen Erklärungen hervorgehen und dem Prätor auf diese Weise vor dem eigentlichen Judizium bekannt werden, die sich aber höchstwahrscheinlich auch im zweiten Prozessstadium herausgestellt hätten. Gemeint sind also solche Tatsachen, die regelmässig erst vom Judex geprüft und entschieden werden, die aber gleichwohl bereits durch das Dekret des Prätors ihre Erledigung erfahren, da sie auf jeden Fall zum causa cadere des Klägers oder zum absolvi des Beklagten führen, sodass unter solchen Umständen die Anordnung des Judiziums im Grunde genommen nutzlos erscheinen musste[1]). Hier ist die denegatio a. am rechten Platz, vermittels deren der Weg zu einem aussichts-, also auch zwecklosen Verfahren bereits im Einleitungsstadium, dem praktischen[2]) Sinn der Römer entsprechend, in der glücklichsten Weise abgeschnitten wird, und von der, wie sich uns zeigen wird, Roms Magistrate nach dieser Richtung hin ausgiebigen Gebrauch gemacht haben.

Durch diese prätorische Entscheidungsbefugnis wird uns zugleich klar werden, welche Bedeutung dem Jus im Verhältnis zum Judizium innewohnt[3]). Bevor es zur l. c. kommt, kann sich vor dem Magistrat ein regelrechter Prozess zwischen den Parteien entwickeln, der entschieden wird entweder dahin, dass dem Kläger das Erbetene gewährt oder dass es ihm versagt wird (dare oder denegare a.). Im Falle des denegare a. muss aber dem Prätor aus dem von den Parteien selbständig vorgebrachten Prozesstoff oder durch die von ihm geübte summarische Kognition[4]), wie hier bereits vorausgeschickt sein mag[5]), liquid werden, dass der Kläger den Rechtsschutz nicht verdient[6]). Der Magistrat

[1]) So auch Klingmüller: S. 272. [2]) S. o. S. 5 A. 2 u. Lit. [3]) S. u. Abschn. C. X. [4]) Ähnlich Klingmüller: S. 271; Schott: I S. 38, 39. — Anders Helmolt (S. 67, 68) und Schutz (S. 39, 40). die den Magistrat durchaus an dasjenige für gebunden erklären. was die Parteien von selbst (nicht auf Fragen hin) vorbringen. [5]) S. u. S. 57ff. [6]) Entgegengesetzt Schott: I S. 70, 76. 78, 118ff. Im Sinne des Textes derselbe: II S. 39, 40: „Materielle Prüfung der Notwendigkeit einzelner Formelzusätze, z. B. Anhörung eines gemeinsamen mitgebrachten Zeugen. Vorlegung einer Urkunde, wird häufig gleich die ganze Sachlage geklärt und zur Denegation geführt haben. Sagt

darf nicht, wie Schott meint, willkürlich in jedem Streitfall den ganzen Prozess selbst erledigen und entscheiden, um nur im Falle zu grosser Belastung mit Prozessen dem Geschworenen den einen oder anderen Rechtsstreit zur Untersuchung zuzuweisen. Dadurch würde das Judizium leicht in den Verdacht der Überflüssigkeit geraten. Ein solcher Zustand, wie er von Schott dargelegt wird, widerspricht zudem der aus den Quellen nachweisbaren Auffassung vom Wesen des römischen Zivilprozesses. Diese Auffassung zwingt uns, daran festzuhalten, dass der Prätor bei Illiquidität nicht die Befugnis hat, den Fall in iure abzuurteilen[1]), vielmehr verpflichtet ist, den Prozess mittels Formel und Exzeption oder Präskription dem Judex zu überweisen. Unter solchen Umständen versagt also das Denegierungsrecht. Die Liquidität des Sach- und Streitstandes als Bedingung des denegari a. folgt auch daraus, dass die denegatio a. eine „thetische" Entscheidung bildet, im Gegensatz zu ihrem Korrelat, der datio a., die eine „hypothetische" Entscheidung ist, die erst durch die sententia des Geschworenen „thetisch" werden soll[2]). Jede thetische Entscheidung setzt aber voraus, dass der Rechtsstreit geklärt, m. a. W. zur Entscheidung „reif" ist.

1. **Fehlen eines materiellrechtlichen Anspruchs überhaupt.** Die actio wird versagt, wenn weder das ius civile noch das Edikt eine Klage gewährt, wie sie der Kläger vom Magistrat postuliert, noch auch der Prätor aus Billigkeitsgründen sich veranlasst fühlt, eine modifizierte oder neue Klage in concreto zu geben. Materiellrechtlich ausgedrückt bedeutet das: wenn ein ziviler Anspruch entweder garnicht oder nur unter gewissen Voraussetzungen oder nur bis zu einem gewissen Grade besteht (cf. Auct. ad Her. de rat. dic. 2, 12.).

---

ein anderer Zeuge das Gegenteil, so erfolgt natürlich leicht die Verweisung in das Judizium"; auch Klingmüller: S. 268. [1]) Vgl. über das „Können" und „Sollen" des Prätors Bekker: Z. 24 (37) S. 350ff.; Schott: II S. 21ff.; Klingmüller: S. 271. — „Jedes nicht rechtmässige Können, das einem, wenn auch nicht zwangsweise geschützten Sollen zuwiderläuft, bleibt hier unberücksichtigt" (Bekker: Z. 27 [40] S. 10). [2]) S. über die genannten Ausdrücke: Ihering: II 2 § 42 S. 411; Schultze: § 21 S. 272; Planck: Mehrheit, § 2 S. 4, 6.

Z. B.: der Verkäufer einer Sache kann gegen den Käufer, der Eigentümer der Kaufsache geworden ist, nicht mit der rei vindicatio auf Herausgabe der veräusserten Sache klagen (Cic. pro Flacco 21, 49. 50)[1]), oder wenn der Kläger eine eingewandte Zahlung oder eine acceptilatio ohne weiteres zugibt[2]).

Andere hierher gehörige Denegationsfälle sind enthalten in l. 20 § 1, D. 38, 2[3]); l. 22 § 3, D. 24, 3[4]); l. 31, D. 9, 4[5]); l. 14 pr., D. 9, 4; l. 7 § 4 u. l. 8, D. 27, 6[6]); l. 69, D. 29, 2; l. 2 § 47, D. 38, 17; l. 99, D. 29, 2[7]); l. 18 § 5, D. 4, 3[8]); l. 4 pr.; l. 7; l. 25; l. 56 § 1, D. 21, 2; l. 20 § 3, D. 13, 7; l. 3, D. 2, 9; l. 17 § 2, D. 7, 1; l. 27 pr., D. 9, 4; l. 15 §§ 24, 25 u. l. 10, D. 39, 2[9]); l. 40, D. 38, 1; l. 4, D. 42, 7; l. 25 § 7, D. 42, 8; l. 3 § 8 u. l. 42, D. 15, 1; l. 1 § 7, D. 15, 2; ll. 18, 20, 46, 48, D. 38, 1; l. 50, D. 21, 2; l. 9 § 2, D. 39, 2; l. 7, D. 14, 1; l. 29 §§ 3, 4, 7, D. 9, 2; Paul. sent. V. 11, 5; l. 3 § 4 u. l. 4, D. 25, 2; l. 6 pr., D. 25, 2; l. 1 § 3 u. l. 2, D. 28, 4; l. 22, D. 34, 4; l. 12, D. 34, 9; l. 11 § 16, D. II.[10]); l. 9, D. 34, 9[11]); l. 5 §§ 2—11 u. l. 15, D. 34, 9; l. 29 § 1, D. 49, 14; l. 3 § 4, D. 38, 16; l. 2 § 3, D. 39, 9; l. 16 § 1, D. 34, 9; l. 29 § 2 u. l. 30, D. 39, 5; l. 57 § 3, D. 36, 1; l. 3 § 15, D. 37, 4; l. 5 § 4, D. 37, 5; l. 16 §§ 5—7, 10, D. 38, 2; l. 3 § 6 u. l. 5 § 3, D. 37, 5; l. 20 § 2, D. 37, 4; l. 2 § 46, D. 38, 17[12]); l. 1, D. 10, 3; l. 1, D. 47, 8.

2. **Legitimatio ad causam.**[13]) Wer als Kläger und wer als Be-

---

[1]) Vgl. darüber Rudorff: II 70; gegen ihn Mayer: Litiskont. S. 3f.; Bekker: Kons. S. 115. [2]) Keller: § 50 A. 596. [3]) Denegare ist prozessual gebraucht; cf. l. 20 pr. und § 4 D. h. t. [4]) Prozesstechnisches denegare; cf. l. 22 § 6 D. h. t. [5]) Vgl. damit l. 3 pr. D. 47, 6. [6]) Vgl. Lenel: Ed. S. 115. 116, gegen Karlowa: RGesch. II (Leipzig 1892) § 121 S. 1098ff. [7]) Vgl. aber l. 87 D. I. [8]) Schott (I S. 100 A. 1) sieht in der Stelle ein Kaufgeschäft, während es sich offenbar um eine Stipulation handelt. [9]) Anders jedoch l. 11 pr. D. 36, 4. [10]) Vgl. l. 59 § 1 D. 36, 1. [11]) Vgl. l. 22 D. 34, 4. [12]) Ausnahmen enthält l. 3 § 1 D. 37.5. [13]) Vgl. die ausführlichen Darlegungen über die Frage, ob die legitimatio ad causam, wozu von der herrschenden Meinung auch das Prozessführungsrecht gerechnet wird, zu den prozessualen oder zu den materiellen Klagvoraussetzungen gehört, von Hellwig: I S. 155ff.; II S. 17 und Lit. Hellwig fasst die Sachlegitimation prozessual auf. Im Sinne des Textes neuestens Goldschmidt: S. 19 A. 93. der dem Prozessführungsrecht „privatrechtliche Natur" zuschreibt. So auch noch Hellwig: Klagm., S. 70.

klagter legitimiert erscheint, wird teils im Jus, teils im Judizium untersucht. Die Fälle, in welchen Prätor oder Judex entscheiden, halten sich der Zahl nach ungefähr das Gleichgewicht.

Stellt sich in iure heraus, dass der Kläger garnicht Subjekt des klageweise geltendgemachten materiellen Rechts ist, oder dass ihm wenigstens die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, namentlich das Prozessführungsrecht, fehlt, dann kommt es zur denegatio a.

Regelmässig wird aber doch der Prätor in iure das Vorhandensein der Sachlegitimation von Amtswegen prüfen, schon um Prozessarbeit zu sparen[1]). Dabei ist es interessant, zu bemerken, wie der Magistrat mittels Gewährung oder Versagung der Klage entgegen dem in Rom geltenden Prinzip der nur mittelbaren Stellvertretung die Wirkungen der direkten Stellvertretung durchzusetzen vermag. Hier sind zu scheiden der cognitor und procurator praesentis einerseits, der procurator absentis anderseits. Aber auch der procurator, qui se non obtulit, und der procurator in rem suam erfahren eine verschiedene Behandlung.

Die hier am häufigsten vorkommende Klage ist die actio iudicati[2]).

a) Von der Aktivlegitimation und ihrem Mangel sprechen: l. 28 D. 3, 3; l. 86 D. 46, 3; l. 49 § 2 D. 41, 2; Fragm. Vat. 317, 331, 332 (l. 67 D. 3, 3). Dieselben Grundsätze gelten für den procurator, qui se non obtulit, für die Vormünder (cf. l. 15 D. 2, 11; l. 2 pr. D. 26, 7; l. 4 § 1 D. 42, 1; l. 5 § 1 D. 26, 9; l. 39 § 4 D. 26, 7 etc.) und für den actor municipum (l. 6 § 3 D. 3, 4)[3]).

Der Grund, warum sich magistratische Entscheidungen über diese Punkte finden, liegt, wie gewöhnlich, darin, dass dem Prätor aus dem Vorbringen des Klägers und Beklagten oft liquide ge-

---

[1]) So ausdrücklich Cic. part. orat. 28, 99; de inv. 1, 11, 16; Quint. instit. orat. III 6, 52, 59; Jul. Victor, ars rhetor. (Rhetores lat. min. edd. Halm p. 371 ss.) c. III §§ 9, 10. [2]) Keller: §§ 52—54; Schott: I S. 83ff. [3]) Dass „non dare" und „denegare" in den zit. Stellen prozesstechnisch gemeint sind, erhellt aus dem Gebrauch von „exceptio" und „causa cognita".

worden sein wird, ob der Kläger die Sachlegitimation, insbesondere das Prozessführungsrecht, besass oder nicht. Bei Illiquidität erfolgte constitutio iudicii.

Um einen Fall der Sachlegitimation handelt es sich auch in l. 34 D. 24, 3 verb. mit l. 22 § 6 D. h. t. Diese beiden Stellen sind um so wichtiger, als man aus ihnen ersieht, wie weit die Denegationsbefugnis reicht, und wie bei ihrer Ausübung alle Momente des konkreten Prozessverhältnisses geprüft werden müssen. Nicht nur der Charakter des Vaters und der Tochter, sondern auch das Alter der Tochter, sowie ihre Neigung zum Mann soll in Betracht gezogen und darnach, eventuell auch ohne die erforderliche Einwilligung, die Aktio gewährt oder, trotz Einwilligung, versagt werden (vgl. auch l. 8 pr. D. 3, 3).

Weitere hierher gehörende Stellen sind: l. 48 § 1 D. 23, 3; l. 18 § 1 D. 5, 1; l. 10 D. 36, 4 (cf. l. 8 D. 3, 4); l. 4 D. 37, 10; l. 22 D. 13, 5; l. 29 D. 38, 1; und auf speziell erbrechtlichem Gebiet: l. 1 § 3 u. l. 2 D. 28, 4; l. 3 § 11 u. l. 22 D. 34, 4; l. 9 pr. D. 34, 9; l. 59 § 1 D. 36, 1; l. 9 § 1 D. 39, 4 und andere Stellen mehr. Generell ist das denegari a. gebraucht bei Gai. Instit. IV 112:

... poenales actiones ... sed heredibus huius modi actiones competunt nec denegantur, excepta iniuriarum actione et si qua alia similis inveniatur actio.

Der Wortlaut der Stelle zeigt uns ausserdem, wie der Römer, obgleich die auf dem Volksgesetz beruhende actio vom Magistrate zur Zeit des Formularprozesses ebenso ausgefertigt wird, wie die prätorische Klage, und das Musterschema sowohl der zivilen als der honorarischen Klage vom Prätor entworfen und ins Album eingerückt wird, trotzdem die Tätigkeit des Magistrates gänzlich verleugnet. Die Ausfertigung der Schriftformel ist bei der actio civilis kein „dare" actionem, sondern nur ein *„non denegare"*. Die Proponierung im Album bildet bei den actiones civiles keinen Akt magistratischer Verordnungsgewalt, vielmehr bleibt die gesetzliche Klage auch nach Einführung des Formularprozesses, was sie vorher gewesen ist: eine actio, quae lege datur ideoque ipso iure competit. — Ähnlich auch l. 3 § 5 D. 11, 6 für die actio de dolo.

b) Von der Passivlegitimation handeln: l. 4 pr. D. 42, 1; Fragm. Vat. 317, 331, 332 (l. 67 D. 3, 3); l. 28 u. l. 61 D. 3, 3; l. 16 D. 14, 3; l. 15 § 1 D. 50, 1; l. 6 §§ 3, 4 D. 29, 4; l. 5 § 5 D. 44, 7.

Genaue Unterscheidungen bezüglich der Passivlegitimation gesetzlicher Vertreter, insbesondere Tutoren, werden in l. 15 D. 2, 11 (verb. mit l. 2 pr. D. 26, 7; cf. l. 4 § 1 D. 42, 1; l. 5 pr. § 1 D. 26, 9), l. 39 § 4 D. 26, 7, l. 5 pr. § 1 D. 26, 9 gemacht. Analoge Anwendung auf den Magistrat einer Munizipalstadt schreiben l. 5 § 1 D. 50, 8 und l. 4 § 2 D. 42, 1 vor.

Der prinzipielle Gebrauch der denegatio a. findet sich, im Gegensatz zu der sonstigen Kasuistik, bei Gaius Instit. IV 112 und in l. 3 § 5 D. 11, 6 (S. o. S. 31).

3. **Liquidität einer Einwendung.** Die in die Prozessformel eingefügten praescriptiones und exceptiones sollen die im Jus erhobenen Einwendungen zur Untersuchung stellen und, falls sie sich im Judizium bewahrheiten, gänzliche oder teilweise Abwendung der Kondemnation bewirken. Exceptio und praescriptio setzen also, ihrer Bestimmung nach, einen noch unausgetragenen, erst vom Judex zu entscheidenden Streit voraus. Ist nun aber eine Einwendung, die geeignet erscheint, zur absolutio des Beklagten zu führen, schon vor dem Prätor sowohl ihrer Wahrheit als auch ihrer Erheblichkeit nach unbestritten oder sonst unzweifelhaft, dann greift bereits in iure diejenige Wirkung Platz, welche eine richtig geführte, eine nicht „pathologische“[1]) Untersuchung im Judizium gezeitigt haben würde: die Klage wird denegiert.

Beispiele: l. 2 § 1, D. 16, 1 (exc. SC Vellaeani); l. 1 pr. u. l. 7 pr. u. § 6, D. 14, 6 (exc. SC Macedoniani); l. 1 §§ 7, 8, D. 44, 5 (exc. onerandae libertatis causa); l. 3 pr., D. 11, 6 (exc. doli); l. 34 pr. § 1, D. 44, 7 (exc. doli); l. 1, D. 47, 8 u. l. 3 pr., D. 47, 6 (exc. doli); l. 9 § 5, D. 12, 2 (exc. fraudatorum creditorum); Cic. pro Flacco 21 (exc. rei venditae et traditae). Ebenso, wenn z. B. die exceptio praeiudicii oder die exceptio rei in iudicium deductae vel rei iudicatae vom Kläger im Jus zugestanden wird[2]).

---

[1]) Hellwig: Klagm. S. 93; vgl. Goldschmidt: S. 16 A. 87. [2]) Vgl. Bülow: S. 127 A. 8; Pernice: de ratione S. 12, 13. — (S. o. S. 23f.).

4. **Unvererblichkeit des Rechts** führt zur denegatio a. (sog. höchstpersönliche Rechte): l. 9 i. f. D. 11, 7; l. 7 § 6, D. 4, 9; l. 10 § 2, D. 2, 11; Gai. IV. 112.

5. **Vergleich.** Hat jemand, und zwar in der Regel der Kläger, mit einem Anderen, insbesondere dem Beklagten, einen Vergleich geschlossen und erhebt er dennoch Klage, dann wird die Aktio denegiert (per arg. e contr. l. 60, D. 3, 3).

6. **Verstoss gegen Gesetz oder gute Sitten.** Es ist einmal von Pernice behauptet worden[1]), dass der Prätor ein spezielles öffentlichrechtliches officium gehabt habe, alle gegen die regulae iuris publici oder die communis utilitas oder contra bonos mores verstossenden Aktionen von vorneherein abzuweisen und zwar deshalb, weil er nicht bloss iuri dicundo praeesset, sondern ein Magistrat des römischen Volkes gewesen sei. Er hätte nicht einmal gewohnheitsrechtlich einen Judex bestellen können, da dieser über eine publica causa nicht habe urteilen können.

Diese Ansicht kann als richtig nicht anerkannt werden. Aus l. 27 pr. verb. mit l. 26, D. 45, 1: „. . . turpes stipulationes nullius esse momenti: . . . sed et officio quoque praetoris continetur . . .", geht hervor, dass „auch" der Prätor die Pflicht hatte, ex turpibus stipulationibus actiones denegare, und dass er unter Umständen, z. B. bei verwickelter Sachlage, einen Judex mit Fug und Recht bestellen durfte[2]).

Beispiel für die denegatio a. bei Verstoss *contra legem:* l. 67, D. 24, 1 (Verbot der Schenkungen unter Ehegatten). Der Grundsatz des SC Libonianum, wonach Verfügungen zu Gunsten des Schreibers im Testament in der Regel als nicht geschrieben galten, wurde vermutlich mit der denegatio a. zur Durchführung gebracht (l. 14 § 2, D. 48, 10 vgl. mit l. 6 § 3, D. h. t.). Weiter gehört l. 2, D. 38, 1 (Verstoss gegen das ed. de operis libert.) hierher. An das in l. 2 § 1, D. h. t. gebrauchte „initio" hat sich offenbar die weitere negative Erklärung des Prätors angeschlossen, dass er im übrigen de onerandae libertatis causa impositis keine Klage erteilen werde; denn in D. 44, 5 (quarum rerum actio non datur) findet sich rückverweisend die gleichnamige exceptio onerandae l. c. (l. 1 §§ 4—12; l. 2 § 2, D. 44, 5)[3]).

[1]) Pernice a. O. S. 7. [2]) Vgl. in demselben Sinne Schott I S. 71 f.; Klingmüller S. 266. [3]) S. Lenel Ed. S. 327 A. 10; S. 492.

Eine Handlungsweise *in fraudem legis* (l. 15 § 1, D. 35, 2[1]); l. 42, D. 38, 1[1]); l. 50 §§ 1, 2, D. 38, 2; l. 1 § 7, D. 39, 1; l. 19 § 5, D. 16, 1; l. 12, D. 4, 4) und *contra bonos mores* (l. 26; l. 27 pr.; l. 97 § 2, D. 45, 1; l. 25, D. 42, 5; l. 1 §§ 5, 6, D. 4, 3; l. 71 § 1, D. 35, 1) wird gleichfalls mit denegare a. bestraft.

7. **Bedingung. Befristung.** Ist die Geltendmachung des eingeklagten Anspruchs bedingt oder befristet, so wird die actio denegiert, wenn sich in iure herausstellt, dass die Bedingung oder der Termin noch nicht eingetreten ist (l. 1 § 3, D. 27, 2; l. 9 § 5, D. 27, 3; l. 28 pr., D. 26, 2; l. 32, D. 27, 1; l. 5 § 2, D. 34, 9; l. 75, D. 35, 2; l. 90 § 1, D. I verb. m. l. 19, D. III; l. 69, D. 29, 2; l. 6, D. 33, 5[2]); l. 8 pr., D. 33, 5; l. 35, D. 44, 7; l. 1 § 3 u. l. 2, D. 47, 6). Modifikationen enthalten l. 46, D. 24, 3; l. 76 § 6, D. II; l. 1 § 3, D. 27, 2.

8. **Unmöglichkeit der Leistung** führt zur denegatio a. Es wird zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit unterschieden. Fälle objektiver Unmöglichkeit finden sich in l. 4, D. 2, 8[3]); l. 1, D. 10, 3 und l. 3 § 13, D. 29, 5. Fälle subjektiver Unmöglichkeit: l. 75, D. 5, 1[4]); l. 21 § 9, D. 4, 8[5]): erscheint einer der Litiganten im Schiedsrichtertermin nicht, so verfällt die Konventionalstrafe, auch wenn er am Erscheinen valetudine vel rei publicae causa impeditus sit aut magistratu aut alia de iusta causa; ist der Säumige aber zum abermaligen Abschluss des Schiedsvertrags bereit, so wird dem Gegner die Klage auf Zahlung der Strafe versagt. Nach dieser Stelle darf der Prätor zwischen denegare a. und dare exceptionem wählen. Im Fall der denegatio a. trägt er natürlich in vollem Umfange und einzig und allein die Verantwortung. Doch wird, wie Ulpian fortfährt, die Gewährung der Formel samt Exzeption für den Magistrat sicher und vorteilhafter

---

[1]) Das darin vorkommende „ius publicum" ist „ius cogens" gleichzusetzen (l. 38, D. 2, 14). — Vgl. Schott a. O. S. 73. [2]) Vgl. dazu Schott I S. 78; gegen ihn mit Recht: Klingmüller S. 272. [3]) „Fideiussor iudicio sistendi causa" ist für „vindex" interpoliert; vgl. Lenel Ed. S. 65ff.; Pal. I p. 974 Nr. 136 A. 3. [4]) Vgl. damit die in l. 54 pr. und l. 59 § 3, D. 42, 1 gewählten Ausdrücke. — S. Schott (I S. 75 A. 7): „Das Vorliegen des Kognitionen- (Extraordinar)-Prozesses scheint nicht erwiesen." — A. M. Wenger Act. S. 233; Eisele Abhdlgen z. röm. Zivilproz. (1889) S. 186. [5]) Mit der „exceptio" ist die exc. doli gemeint (cf. l. 4 § 8, D. 44. 4).

sein. Daraus geht m. E., wenn auch nicht unmittelbar, die Beschränkung der denegatio a. auf liquiden Sachverhalt hervor.

Denegatio a. findet übrigens schon dann statt, wenn dem Beklagten die Erfüllungshandlung billigerweise nicht zugemutet werden kann (l. 8 § 3, D. 3, 3; cf. l. 13; l. 43 § 6; ll. 44, 45, D. h. t.). — In diesen Stellen glaubt Schott wiederum[1]) einen Beweis dafür zu finden, dass die römischen Juristen dem Prätor eine weitgehende Kognition (Sachuntersuchung) zugemutet haben, obwohl er nicht schon im Edikte sein Eingreifen nur c. c. zugesagt hatte, und dass folgeweise die denegatio a. auch bei illiquidem Sachverhalte Anwendung gefunden hat[2]).

Dagegen ist einzuwenden, dass in der Regel durch die Erklärungen des verklagten Prokurators bald klargestellt wurde, ob dieser zur Verweigerung seiner Pflichterfüllung berechtigt war oder nicht, ohne dass eine breite Untersuchung nötig wurde. Andernfalls werden ein paar Fragen des Magistrates an die Parteien gewiss das Nötige getan haben.

Der Grund, weshalb der Prätor vorsichtig (causa cognita temperare) die Einzelheiten des Falles erwägen soll, liegt wohl, wie Schott ebenfalls annimmt, darin, dass bei Belangung mit der Sachklage dem Prokurator einzig und allein mit der denegatio a. geholfen werden konnte, da er sonst, was gerade vermieden werden sollte, mit der Last der Prozessführung beschwert worden wäre. Das wäre aber auch bei der Schottschen eingehenden Sachuntersuchung geschehen.

Was bedeutet nun das in l. 13; l. 43 § 6; l. 44 u. l. 45, D. 3, 3 angegebene „causa cognita"? — Die Lösung liegt in l. 33 § 3, D. 3, 3 und zwar in den Worten: *is eum boni viri arbitratu defendat et satisdet,* die sich zwanglos an die Ediktsworte in l. 8 3, D. h. t. anschliessen[3]). Darnach ist es Aufgabe des Prätors,

[1]) S. schon oben S. 34 A. 2. [2]) Schott I S. 76. [3]) Dass die Ediktzitate in l. 8 § 3 und l. 33 § 3, D. h. t. eng zusammengehören, erkennt man daraus, dass Paulus (l. 43 § 6, D. h. t.) zur Ediktsstelle in l. 33 § 3 ast die gleichen Worte gebraucht, wie Ulpian (l. 13 D. h. t.) zur Ediktsstelle in l. 8 § 3. So lassen sich gegenüberstellen: „c. c. temperandum" — „c. c. temperanda"; „inimicitiae intervenerunt" — „inimicitiae intercesserint"; „tractu temporis" (l. 12 D. h. t.) — „propter temporis tractum" (l. 43 § 6 D. h. t.). — Vgl. Lenel, Ed. S. 93, 97, 98; Pal. II. p. 447ss.; Schott a. O. S. 82.

aus den Erklärungen des Prokurators zu beurteilen, wie er sich diesem gegenüber verhalten soll, ob er ihn zum accipere iudicium zwingen oder ob er die Klage des dominus (cf. l. 1 pr., D. h. t.) gegen den Vertreter denegieren soll. Ob der Prokurator boni viri arbitratu handelt, ist Tatfrage. Mit diesen Worten ist also im prätorischen Edikt die causae cognitio, wenn auch nicht, wie gewöhnlich, mit den Worten „c. c. iudicium dabo", so doch in anderer Weise deutlich zum Ausdruck gebracht.

Ein weiterer Denegationsfall wegen Unvermögens begegnet in der lex col. Genet. Iul. s. Urs. (a. 710) tab. III. col. 2, 30—35 (c. XCV)[1]).

III. Interrogationes in iure. Causae cognitio.

Über die Statthaftigkeit der interrogationes, deren sich vor allem der Kläger bedient haben wird, um sich durch möglichste Präzisierung seines Anspruchs vor einer pluspetitio zu schützen (l. 1 pr. D. 11, 1), entscheidet der Magistrat nach freiem Ermessen (l. 9 §§ 6 u. 8; l. 20 § 1 D. eod.)[2])

Die interrogationes in iure können mittelbar zum denegari a. führen, weil dadurch unter Umständen sogar das Streitverhältnis so liquid gestellt wird, dass der Prätor eine denegatio a. für zulässig hält.

Ist die Klage nur „c. c."[3]) im Edikt versprochen[4]), und scheint dem Prätor in concreto kein Grund zur datio a. vorzuliegen, so verweigert er sie (cf. l. 1 § 1; l. 9 § 5; l. 10, 11, l. 13 § 1 D. 4, 3; l. 1 § 10 u. l. 1 § 15 D. 25, 4; l. 99 D. 29, 2; l. 10 pr. D. 42, 8; l. 1 pr. D. 43, 18; l. 15 § 28 D. 47, 10; l. 15 §§ 34, 43, 44; l. 17 §§ 10, 17 D. 47, 10; l. 3 D. 47, 12).

Ebenso entscheidet über die datio einer actio in factum concepta oder einer actio utilis (ficticia) das pflichtmässige Ermessen des Magistrates, ohne dass es der Ediktsklausel „c. c. iudicium dabo" bedarf (l. 23 § 5 l. 52 D. 6, 1; l. 12 §§ 5, 6; l. 22 § 10 D. 17, 1; l. 18 D. 8, 2: l. 3 § 9 D. 12, 4; l. 2 § 5; l. 22 pr. D. 39, 3; l. 12 § 1 D. 20, 5; l. 7 pr. D. 23, 5; l. 63 u. l. 77 § 2 D. II; l. 1 § 9 D. 33, 4; non dare utilem actionem: l. 37 § 1 D. 27, 1).

---

[1]) Bruns I. p. 131, 132. [2]) Sohm S. 654 A. 4. [3]) Val. Probus, iuris notae § 5 Nr. 12: CC = concilium cepit vel causa cognita. [4]) Vgl. Wlassak, Ed. S. 76ff.; 99ff.; Klingmüller S. 269, 271, 272.

Lediglich Rechtsauslegung betreffen l. 6 pr. D. 4, 9 und l. 1 § 13 D. 43, 20.

Mit der Frage der c. cognitio hängen weiter zusammen: l. 7 § 2 D. 2, 1; l. 22 pr. D. 39, 3; l. 6 § 1 u. l. 11 D. 10, 3; l. 14 § 1 D. 11, 3; l. 41 D. 13, 7; l. 1 pr. l. 13 § 2 l. 22 D. 20, 1; l. 13 pr. D. 12, 6; l. 18 § 1 D. 5, 1; l. 16 D. 8, 1 (cf. l. 60 pr. D. 7, 1; l. 29 § 2 D. 7, 4); l. 4 D. 9, 1; l. 5 § 12 D. 9, 3: l. 21 D. 15, 3; l. 5 D. 25, 2[1]).

Es kann sich also in iure bereits eine mannigfaltige und lebhafte Verhandlung abspielen[2]). Dem Streit macht der Prätor ein Ende, indem er den Antrag des Klägers zulässt oder zurückweist. Sind die Parteien jedoch über die Fassung der Formel einig, so kann sie trotz etwaiger Abweichung von der ediktalen Ankündigung dem Kläger gewährt werden, da es sich lediglich um Privatangelegenheiten und -interessen handelt (l. 27 D. 50, 17; Cic. de part. orat. dial. 28, 99; pro Tull. 38).

IV. Denegatio a. als Zwangs- und Strafmittel[3]).

Die denegatio a. dient dem Prätor als Mittel einmal, um die Parteien, insbesondere den Kläger, zur Befolgung seiner Vorschriften zu zwingen, sodann, um die Parteien für die Übertretung seiner Ge- und Verbote zu strafen.

Wenn z. B. der Kläger sich weigerte, eine Kaution, worüber grundsätzlich der Prätor entschied (l. 1 § 9 D. 46, 5), zu stellen[4]), dann wies ihn der Magistrat mit seiner ganzen Klage ab: l. 7 pr. D. 39, 1[5]); cf. Paul. sent. III 9; l. 43 § 4 D. 3, 3. Ferner gehören hierher l. 13 pr. D. 7, 1[6]) und l. 1 § 7 D. 35, 3.

Die denegatio a. bildet nur einen mittelbaren Zwang. Ausnahmsweise wurde direkter Zwang durch Zwangsvollstreckung

---

[1]) Soweit in den zitierten Stellen „iudex" vorkommt, steht es für „praetor". S. Brissonius(—Heineccius) p. 503, 504 (p. 668, 669); Gellius: noct. att. 14, 2 § 14; Heumann-Seckel (S. o. S. 3 A. 2) sub v. „iudex"; Schott I. S. 31 A. 11. [2]) Vgl. l. un. C. 3, 9: . . . inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. (Das ist freilich nur vom Kognitionenverfahren gesagt, wird aber im Formularverfahren nicht anders gewesen sein; s. Brissonius p. 33, 34: „in iure plerumque versantur"). [3]) „Per contumaciam denegatae actiones", s. Brissonius(—Heineccius) p. 222, 223 (p. 314). [4]) Die Denegierung einer cautio enthält z. B. l. 1 § 9 D. 46, 5. [5]) Gemeint ist die cautio dominum rem ratam habiturum. [6]) Das darin vorkommende Wort „iudex" steht für „praetor". (S. o. A. 1.)

in das Vermögen des Verpflichteten, soweit erforderlich, geübt (l. 3 Inst. 1, 24).

Über die denegatio a. geht l. 26 § 6 D. 4, 6 hinaus; diese Stelle stellt als Zwangsmittel sogar die denegatio iurisdictionis[1]) in Aussicht, falls der Kläger dem decretum praetoris nicht gehorcht. — Die Stelle ist um so wichtiger, als sie im Gegensatz zu den sonstigen Stellen, die sich mit dem denegare a. befassen, ein Prinzip für seine Anwendung ausdrückt. Das ist bei der bunten Mannigfaltigkeit der von den römischen Juristen berichteten Denegationsfälle überaus selten.

Weitere Beispiele: l. 34 § 7 u. l. 37 D. 12, 2; l. 1 §§ 10, 13; l. 2 § 8 D. 37, 6; l. 5 § 1 D. 36, 3; ll. 11, 12 pr. C. 6, 30 (anders l. 29 § 1 D. 37, 4); Cic. de inv. II 20; Gai. inst. IV 131. 136.

Denegare iurisdictionem trat wohl ein, falls der Kläger sich weigerte, an Stelle des vom Beklagten als „verdächtig" (eidlich) abgelehnten Geschworenen einen anderen vorzuschlagen (cf. l. 80 D. 5, 1; l. 57 D. 42, 1; Cic. pro Cluent. 43; pro Q. Rosc. 14, 42; 15, 45; in Verr. 3, 60. 137; Phil. 12, 7. 18; de fin. 2, 35, 119; de orat. 2, 65. 70. 263. 285; Val. Max. 2, 8, 2).

Die denegatio a. findet sich als Strafe in Cic. in Verr. act. sec. 2, 27 (gegen den ungerechten Richter), in l. 1 pr. § 3 D. 11, 5 (bei verbotenem Spiel), in l. 1 pr. D. 29, 6 (cf. l. 2 D. 29, 6); l. 1 D. 38, 13; l. 2 D. 28, 4; l. 48 D. 38, 2 (l. 57 § 3 D. 36, 1); l. 1 § 10 i. f. D. 25, 4; ll. 81, 50 D. 36, 1; l. 5 D. 37, 12; l. 5 C. 6, 37; l. 3 D. 2, 9; l. 17 § 2 D. 7, 1; l. 27 D. 9, 4.

Die Klage wird nicht allein dem Übeltäter, sondern auch seinen Nachkommen versagt (l. 3 § 5 D. 2, 2).

V. Denegatio a. als Mittel zur Realisierung der restitutio in integrum.

Hängt die siegreiche Durchführung der Klage von dem Restitutionspunkte und -grunde ab, so wird bei gewährter Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die actio einfach denegiert, z. B. die Dahrlehensklage gegen den Minor (l. 27 § 1 D. 4, 4) oder die Klagen auf Grund der Usukapion, wenn die Ersitzung infolge des Restitutionsgrundes vollendet worden ist. Auch hier ist der Gebrauch der denegatio a. durch die Liquidität des Sachverhält-

[1]) S. u. S. 109ff.

nisses bedingt. Andernfalls ist Klagformel und exceptio zu erteilen.

Der Prätor hatte also da, wo ausser der in integrum restitutio nichts streitig war, das Recht, die Sache im Wege der Kognition zu ihrem „materiellen Ende“ zu führen[1]).

C. Wesen und Zweck der denegatio a.

I. Umfang des Denegationsrechts.

1. **Denegation von actiones civiles.** Das denegare a. findet sich in der Mehrzahl der Fälle auf dem Gebiete des *prätorischen* Rechts, weil sich im Honorarrecht recht eigentlich das magistratische Imperium entfaltete. Soweit das ius honorarium reichte, konnte der Kläger sich nicht mehr auf Gesetz und, was legis vicem hatte, berufen, sondern herrschte der Prätor mit nahezu unbeschränkter Macht. War die jurisdiktionelle Tätigkeit des Prätors ursprünglich nur eine iurisdictio iuris civilis adiuvandi gratia gewesen, so war sie bald zu einer iurisdictio supplendi et corrigendi gratia geworden, die sich über das alte Zivilrecht hinwegsetzte (cf. l. 7 § 1, D. 1, 1). Der Prätor war imstande, durch Gewährung von actiones in factum conceptae, actiones utiles (ficticiae) und actiones in factum civiles[2]) in Verbindung mit der datio und denegatio von exceptiones in factum oder in ius scriptae, als „Hüter“ (Cic. de leg. III. 3, § 8) der Gerichtsbarkeit und des Rechts, dem Zivilrecht einen völlig anderen Inhalt zu geben trotz des noch immer geltenden staatsrechtlichen Satzes: praetor ius dicere potest, ius facere nequit.

Aber die Denegationsbefugnis beherrschte nicht nur das ius praetorium, bei dessen Klagen sie natürlich und wohl auch selbstverständlich erscheint, wenn wir an Ulpians Ausspruch (l. 102 § 1, D. 50, 17) denken: „Dem steht es zu, die Klage zu verweigern, der sie auch geben könnte“[3]), sondern sie ergreift auch die Klagen des ius civile. Man möchte nämlich geneigt sein, dem Prätor ein Denegationsrecht nur bezüglich honorarischer Klagen zu gestatten, besonders mit Rücksicht auf Gai. Instit. IV. 112, wo für

[1]) Vgl. dazu Keller S. 403. 405. 406; bes. A. 947 u. 950. [2]) Darüber Sohm S. 299 A. 1 u. Lit. [3]) Vgl. über den Sinn dieser „regula iuris antiqui“ noch Schott I S. 124. 125; Bekker Z. 24 (37) S. 353.

actiones, quae ipso iure competunt nec a praetore dantur, d. h. für actiones civiles, nicht „denegare" oder „non dare", sondern ausdrücklich *„non competere"* gebraucht wird: *non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aeque competunt aut dari solent. est enim certissima regula iuris ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, ... sed heredibus huius modi actiones competunt nec denegantur*[1]) . . .

Dasselbe ist von der Gaius-Stelle in l. 1 § 1, D. 10, 2 zu sagen, wo es sich um die actio familiae erciscundae handelt, von der berichtet wird, dass sie *e lege duodecim tabularum proficiscitur*, und von der es dann weiter heisst: *quae quidem actio nihilo minus ei quoque ipso iure competit, qui . . .*

Es steht also bei dieser actio civilis ebenfalls nicht „dare", sondern *„ipso iure competere"*.

Wie ist nun diese Ausdrucksweise der Quellen mit unserer Behauptung, dass es auch eine „non datio" actionis civilis gegeben habe, in Einklang zu bringen?

M. E. kann das auf folgende Weise geschehen: Gaius wollte an der betreffenden Institutionenstelle nicht etwa zwischen der *prozessualen* Tätigkeit bei actiones civiles und honorariae, wie sie nach aussen durch die Ausfüllung oder Versagung der Klagformel in die Erscheinung trat, einen Unterschied konstruieren[2]), sondern, der verschiedenartigen staatsrechtlichen Stellung des Prätors beiden Klagarten gegenüber Rechnung tragend, möglichst deutlich ausdrücken, dass er sowohl die zivilen als auch die

---

[1]) Ich stimme mit Wlassak (I S. 45) und Schott (I S. 115 A. 19) darin überein, dass denegare als „stilistische Abwechselung" für „non dare" gebraucht ist. — Dass „non dare" und „denegare" dieselbe Bedeutung haben, beweist l. 7 D. 12, 2 verb. mit l. 9 pr. D. h. t. „Denegare" wird aber nur von den Juristen angewandt, wohl viel der Stilistik halber. (S. o. S. 3). Ferner stehen sich gleich: „dare" und „non denegare" a.; vgl. Bekker a. O. S. 345. 346. 353. [2]) Einen solchen Unterschied konnte der Jurist auch garnicht machen, da die auf dem Volksgesetz beruhende Actio vom Magistrat zur Zeit des Formularprozesses ebenso ausgefertigt wurde, wie die prätorische Klage, und das Musterschema der zivilen sowohl als der honorarischen Klage von ihm entworfen und ins Album eingerückt wurde. (S. o. S. 31.)

prätorischen Pönalklagen meine. In seiner Ausdrucksweise aber musste er, um beide Arten anzudeuten und auseinanderzuhalten, zu verschiedenen Wendungen greifen, und da erschien ihm sicherlich das „competere" bzw. „non competere" für Klagen des Zivilrechts der treffendere Ausdruck, weil diese Klagen nicht erst vom Prätor geschaffen wurden, sondern ex lege, also ipso iure, jedem Berechtigten, wenigstens vom materiellrechtlichen Standpunkt aus und unabhängig vom Gedanken der Prozessmöglichkeit, zu Gebote standen[1]). Dass sie darum auch dem „Kläger" als solchem im Prozesse zustehen, dass er sich ihrer wirklich bedienen kann, ist damit noch keineswegs gesagt. Zwischen Gesetz und Prozessmöglichkeit, zwischen der zivilen Norm und dem zivilen Verfahren steht der Jurisdiktionsmagistrat und entscheidet, ob eine Klage, und sei es auch eine zivile, vor den Geschworenen kommt oder nicht[2]). Ist es doch der Prätor, der die Klagformel erteilt oder verweigert!

Ganz anders verhält es sich mit den actiones honorariae. Bei diesen war es angebracht, „dare" bzw. „non dare" zu gebrauchen. Gaius konnte von competere bzw. non competere der prätorischen Klagen garnicht sprechen. Denn diese Klagen standen nicht einmal unabhängig vom Prozessrecht ipso iure dem „Berechtigten" zur Verfügung, geschweige denn dem Rechtsuchenden als solchem, sondern sie wurden, ohne dass die Möglichkeit bestand, sich auf ihren Schutz zu berufen, vom Prätor für den konkreten Streitfall gewährt, bisweilen erst geschaffen. So war der Kläger bei actiones honorariae, ohne das Bestehen einer den Magistrat zwingenden Vorschrift, dem Ermessen des Prätors auf Gnade und Ungnade anheimgegeben, namentlich bei actiones in factum, die im Edikt noch keine Form gefunden hatten. Es konnte geschehen, dass der Magistrat den eigentlich unbegründeten Anspruch in concreto schützen zu müssen glaubte,

---

[1]) S. Brissonius p. 34 (Quae competit, ipso iure competit, adeoque etiam ignoranti et invito; arg. § 3 Inst. 2, 9; l. 13 D. 41, 1); Bekker (Z. 24 (37) S. 345: Der Ausdruck „competit actio" scheint nach Gaius vorzugsweise da gebraucht worden zu sein, wo das Recht des Klägers auf gesetzlicher oder quasigesetzlicher Grundlage, nicht bloss auf prätorischer Verordnung beruhte. [2]) Vgl. Wlassak II. S. 365 (VI. 2); Windscheid-Kipp, Pandekten I. § 44 A. 2 [S. u. S. 42 A. 2]; Schutz S. 26. 27.

wie er anderseits einen rechtlich anerkannten durch eine geschickt gefasste, neu geschaffene exceptio oder durch die denegatio a. zu verwerfen für angezeigt hielt (cf. Auct. ad. Her. [de rat. dic.] 2, 17).

Auch nachdem das Edikt seit Salvius Julianus stereotyp geworden war, lebte dieser Gedanke des dare und denegare noch fort[1]), obgleich, streng genommen, die Klage des Berechtigten jetzt nicht mehr vom Prätor, sondern, gleich den früheren actiones ex legibus et moribus, vom Edikt (ipso iure) gegeben wurde.

Wir sehen also, dass das competere oder non competere bei actiones civiles von Gaius vermutlich nur in Anlehnung an den Werdegang dieser Klagen und an die Gesetzesvorschriften selbst gebraucht ist, wenn es nicht sogar Gesetzesworte sind. Denn ein „dare" und „denegare" a. kennt das Volksgesetz nicht, ausser wenn es sich um eine Anweisung an den Prätor handelt, während sich häufig „actione teneri" (cf. l. 5 pr. D. 9, 2) findet, das dem „actio competit" nahesteht.

Hat nun der Kläger auf Grund des Volksgesetzes keine Aktio (actio non competit), so wird es unter regelmässigen[2]) Umständen Sache des Prätors sein, die Klage, die der Kläger im Widerspruch mit den Gesetzesbestimmungen zwecks Durchführung seines vermeintlichen Rechts begehrt, zu versagen, andernfalls, wenn ihm auf Grund gesetzlicher Vorschrift eine bestimmte Klage zusteht (actio competit), sie in concreto zu geben. Denn die Tätigkeit des Prätors, sowohl das Proponieren der actio legitima im Album als auch die Zulassung im Einzelfall, bedeutete unzweifelhaft mehr als ein blosses Formgeben dieser Klage. Sonst wäre

---

[1]) Vgl. auch Kipp (Quellen S. 59 A. 24): „Die formelle Proposition der Edikte lässt sich noch bis ins 3. Jahrh. n. Chr. verfolgen." [2]) Windscheid-Kipp a. O.: „Die Gerichtsregel macht sich bereits zur Zeit der legisactiones geltend, wo über Recht und Unrecht nicht sowohl die lex entschied, als die daraus gebildete Gerichtsformel und deren Interpretation, noch mehr aber im Formularprozesse, wo der Magistrat gerichtliche Verfolgung gewährte und versagte, ohne an das ius gebunden zu sein. So hatte denn freilich bei den Römern, wer wissen wollte, ob er einen Anspruch durchsetzen könne, nicht zu fragen, ob das ius für ihn sei, sondern ob und welche actio ihm zu Gebote stehe"; ebenso Schutz S. 28. 29. — (S. auch unten S. 100 A. 3.)

ja der Prätor ein willenloses Werkzeug der Gesetze gewesen, die ihm diktierten, ob er eine actio civilis zuzulassen hatte oder nicht. Im Gegenteil! Das Imperium ermächtigte den Magistrat zur Verweigerung wie Beschränkung und Abänderung einer legitimen (ex lege) Klage[1]).

Dabei kann man das dare und denegare actionem civilem für so „unrömisch" durchaus nicht halten. Denn wir begegnen dem dare actionem civilem in vielen Stellen, z. B. in l. 19 D. 13, 1 und l. 1 D. 47, 7[2]).

Steht aber ein „dare" actionem civilem fest, dann gibt es auch dessen Korrelat[3]), das non dare (denegare) act. civ. trotz „competere" und „non competere" der beiden oben angeführten Gaius-Stellen[4]).

Freilich hat das dare und non dare actionem civilem nur den Sinn von Zulassen bzw. Nichtzulassen der zivilen Aktio, da streng genommen nicht der Prätor, sondern das Volksgesetz, die lex, die actio legitima „spendet"[5]).

Mit einer solchen Charakterisierung der prätorischen Stellung dem Gesetzesrecht gegenüber stimmt auch überein, was uns in dieser Hinsicht über die Prätoren überliefert ist. Cicero, zu dessen Zeiten die prätorische Macht und Privatrechtsschöpfung wohl am bedeutendsten gewesen ist, nennt den „iuris disceptator, qui privata iudicet iudicarive iubeat", (d. i. der Jurisdiktionsmagistrat) „custos iuris civilis" (de leg. III. 3 § 8) und „lex loquens"[6]); Marcianus erhebt das ius honorarium sogar zur „viva vox iuris civilis"[7]) (l. 8 D. 1, 1), und Gaius (Instit. III. 190, 191) preist den Prätor als „Erhalter" ziviler Klagen.

---

[1]) So Bekker I. S. 16; II. S. 20ff.; 240ff.; Wlassak I. S. 42ff.; Wenger § 16 A. 14; Schott I. S. 114ff.; Klingmüller S. 268; Schutz S. 39. [2]) Vgl. auch die actio iniuriarum und das „iudicium dare" in l. 15 § 34 D. 47, 10. [3]) S. Brissonius p. 33. sub „actionem autem praetor dare dicitur". [4]) Ein dare und denegare act. civ. nehmen ebenfalls an Wlassak a. O.; Schott I. S. 115. 116 (A. 22); offenbar auch Bekker Z. 24. (37) S. 344ff.; Windscheid-Kipp § 44 A. 2; § 122 A. 6; Schutz S. 26. 27 u. a. [5]) Wlassak I S. 42. 45ff.; II. S. 358 (S. o. S. 31). [6]) „Sprachrohr des Gesetzes" (Wlassak I. S. 4ff.); denn „das Gesetz ist der Staatslenker, dem nur die Sprache fehlt"; „die Obrigkeit ist die mit Sprache begabte Gesetzesnorm". [7]) „Lebendiges Organ des Rechts"; nicht bloss ein „mechanisches Sprachrohr"; vgl. Ihering II. 2 S. 467; Kipp. Quellen S. 55 A. 15.

Schott hat ausserdem nachgewiesen[1]), dass die meisten römischen Juristen keinen derartig strengen Sprachgebrauch gehabt haben, dass sie das „competere" stets nur bei actiones civiles und das „dare" allein bei prätorischen Klagen anwandten, was vor allem aus D. 11, 6: „Si mensor falsum modum dixerit" hervorgeht. Der Prätor hat gegen den Betrüger eine actio in factum geschaffen (l. 1 pr. D. h. t.); es handelt sich mithin um eine actio, quae a praetore datur; trotzdem begegnen wir nicht nur „dare" und „non dare" a., sondern mannigfaltig abwechselnd denegari a., agi non posse, teneri, non esse actionem, locum non habere, dare a., agi posse, ja sogar competere bei einer honorarischen Klage (cf. l. 3 pr. u. § 1; l. 5 § 2 u. l. 7 D. h. t.). Dass wir den Ausdruck: „actio in factum competit" an den genannten Stellen bei demselben Juristen, Ulpian, immer wieder finden, bestärkt uns noch mehr in unserer Annahme, dass der Sprachgebrauch ein verschiedener gewesen ist. Anderseits weist l. 3 §§ 5 u. 6 D. h. t. wieder die Trennung nach honorarischen und zivilen Klagen auf.

Denselben Wechsel in der Anwendung von competere, dare, teneri, cogi iudicium accipere u. s. f. bei actiones civiles und honorariae finden wir in l. 9 §§ 5—7 D. 27, 3; l. 3 D. 5, 6; ll. 6 u. 8 pr. D. 33, 5 u. a.

Es ist nicht unmöglich, dass allein der „Schulmeister" Gaius bei seiner feinen Stilistik[2]) und seinem eifrigen Streben, die zu seiner Zeit bestehenden Zustände historisch anzuschauen und den früheren antiquierten Verhältnissen mit kurzen Rückblicken und feinen Nuanzierungen[3]) gerecht zu werden, in Anlehnung an die Entstehung der Klagen, die er zum Gegenstand seiner Erörterungen macht, zwischen zivilen und prätorischen Aktionen mittels Wechsels der Worte „dare" einerseits, „competere" anderseits andeutend unterscheidet. Dies ist umso wahrscheinlicher, als die Institutionen des Gaius höchstwahrscheinlich ein Lehrbuch gewesen sind und sich daher durch Deutlichkeit und Klarheit auszeichnen mussten.

Aber wir sind zum Nachweise des Bestehens eines „denegare" actionem civilem auf blosse Vermutungen und juristische

[1]) Schott I S. 115 A. 21. [2]) Vgl. Kalb S. 73ff. („Gaius"); Kipp, Quellen S. 128; Sohm S. 111 A. 20. [3]) S. o. S. 20.

Deduktionen keineswegs angewiesen. Den unwiderlegbaren Beweis liefern uns die Quellenstellen, welche (meist kasuistisch) ein denegare von actiones civiles enthalten. Ich erwähne aus der grossen Zahl nur die Denegation von Vermächtnisklagen[1]) und Stipulationsklagen[2]), die Denegation der actio iudicati[3]), und zwar auch in ihrer zivilen Form, obgleich es von der Sentenz des Geschworenen heisst: *ius* ex sententia iudicis fit (l. 17 § 1 D. 5, 2). Dass wir, wie bereits angedeutet wurde, eine denegatio der actio iudicati in ihrer prätorischen Form (l. 75 D. 5, 1) finden, darf uns nicht wundernehmen[4]).

2. Denegare a. im iudicium legitimum. Ich halte mit Schott[5]) für sicher, dass auch im iudicium legitimum (Gai. IV. 103. 104) denegiert wurde. Denn es ist nicht anzunehmen, dass die verschiedenartigen, fast das gesamte Rechtsgebiet umfassenden und zur Denegation führenden Streitsachen in den Quellen sämtlich im amtsrechtlichen Verfahren abgeurteilt worden wären. — An spätere Interpolationen ist nicht zu denken.

Wenn die Parteien römische Bürger waren und mit einer amtsrechtlichen (honorarischen) Klagformel litigieren wollten, so durften sie zwar die iudicis (arbitri) datio in aller Regel vom Prätor begehren. Aber, dass sie ihnen aus bestimmten Gründen bisweilen versagt wurde, war ein gutes Recht des Magistrates; er machte sich keiner Gesetzesverletzung schuldig. Ein Zwang zur Geschworenenbestellung konnte höchstens dann bestehen, wenn der Prätor die constitutio iudicii für einen gewissen Fall in seinem Edikte ausdrücklich versprochen hatte; an diese ediktale Bestimmung war er vermöge der lex Cornelia de edictis perpetuis, ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent[6]), gebunden[7]).

[1]) l. 1 § 3 D. 27, 2; l. 6 D. 33, 5; ll. 51. 75 D. 35, 2; l. 20 § 1 D. 38, 2. [2]) l. 4 D. 2, 8; l. 15 D. 2, 11; l. 18 § 5 D. 4, 3; l. 71 § 1 D. 35, 1; l. 15 § 1 D. 35, 2; l. 27 pr. u. l. 97 § 2 D. 45, 1; l. 1 D. 47, 8. [3]) l. 67 D. 3, 3 (Fragm. Vat. 332); l. 14 § 1 D. 9, 4; l. 4 pr. u. § 3 D. 42, 1. [4]) Daraus folgt, dass die actio iud. keine rein prätorische Klage ist, wie allerdings Bethmann-Hollweg II. S. 635 A. 29 annimmt; gegen ihn Wlassak I S. 97ff.; Lenel, Ed. S. 389ff.; S. 427ff.; Schott I S. 117 A. 25 u. Lit.; Degenkolb, Einlassungszwang u. Urteilsnorm (1877) S. 158; Wenger S. 96ff.; Pernice C. 5 (18) S. 44f.; Brinz Z. 4 (17) S. 175. [5]) Schott I. S. 117f.; Klingmüller S. 268. [6]) Ascon. in Cornel. p. 58 (Bruns II p. 69 n. 2); vgl. Dio Zass. 36. 40 [23]. [7]) S. u. S. 46ff. (zu 3).

Ganz anders standen die Dinge im iudicium legitimum.

Es wird gelehrt[1]), dass der Prätor, wenn er die Sache als zur Verhandlung in Gestalt einer formula in ius concepta mit darauf folgendem iudicium legitimum mit legitimer Formel für würdig und geeignet anerkannt hatte, zur iudicis datio gesetzlich verpflichtet war und dass er bei Verletzung seiner Pflicht eine Anklage wegen iustitia denegata vel protracta gewärtigen musste, mithin die gesetzliche Verpflichtung zur Ernennung des Judex erst entstand, nachdem der Magistrat den von den Parteien beabsichtigten und begehrten modus agendi gebilligt hatte; missbilligte er ihn, so soll die legale Verpflichtung nicht bestanden haben, oder besser gesagt: nicht entstanden sein, und es konnte die Berufung des Judex versagt, m. a. W., die Klage denegiert werden; daher hatte der Kläger auch im iudicium legitimum noch keineswegs das Recht, unter allen Umständen eine sententia iudicis zu verlangen, sondern musste sich oft genug mit einer prätorischen Entscheidung, der denegatio a., zufrieden geben[2]).

Diese Ausführungen sind wohl zutreffend. Nur muss man sich hüten, in der denegatio a. ein abnormes Verfahren zu erblicken, im Gegensatz zur datio formulae mit darauf folgendem iudicium ipsum als „Regel". Beide Verfahrensarten standen gleichwertig nebeneinander; beide bildeten legale Prozessmodi im Rahmen der iurisdictio.

3. **Unabhängigkeit der Denegationsbefugnis von legaler oder ediktaler Ermächtigung.** Der Prätor bedarf zur denegatio a. keiner besonderen Ermächtigung durch das Gesetz.

Zwar finden sich in Volksgesetzen und Senatsbeschlüssen oft genug die Formeln: *„actio nei esto" („eis hace lege actio nei*

---

[1]) So Sohm S. 269 A. 8; Bekker Z. 24 (37) S. 350ff.; Wlassak I S. 124. 125; II. S. 338ff.; Schott I. S. 140. [2]) A. M. Pernice Z. 5 (18) S. 44. Er spricht an dieser Stelle von der Vollstreckung im römischen Zivilprozess, insbesondere von der legisactio per manus iniectionem, und erklärt, dass der Vollstreckung gegenüber noch rechtsgültige Einwendungen (Einreden) gemacht werden dürften: „für solche Fälle musste der Prätor wieder ein iudicium niedersetzen; es war ihm untersagt, Rechtsfragen selbst zu erörtern". Ähnlich Wenger § 16 A. 13 und Bruns-Lenel (s. o. S. 5 A. 1). — Im Sinne des Textes Schott I S. 117 A. 26.

esto")[1]), *„ne actio petitioque daretur"*[2]), *„ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur"*[3]), oder in der lex agraria (a. 643)[4]) bezüglich der gerichtlichen Zuständigkeit der Magistrate die Worte: . . . *neive magistratus prove magistratu de eo agro loco ious deicito neive decernito neive iudicium neive iudicem neive recuperatores dato, nisei consul praetorve*[5]), und noch viel häufiger die positive Form: *„petitio hac lege esto"*[6]), *„actio petitio persecutio esto"*[7]), *„ius iudiciaque dato"*[8]), — Vorschriften, an die sich der Prätor zu halten hat. Aber durch solche Bestimmungen erhält er nicht erst das Recht, die Aktio zu denegieren, oder die Befugnis, gewisse gesetzlich normierte Tatsachen ex officio zu beachten, anstatt, dem Verhandlungsprinzip entsprechend, zu warten, bis die Parteien sie vorbringen. Ebenso falsch wäre es, glauben zu wollen, dass durch solche Formeln dem Prätor besondere prozessuale, früher fehlende Pflichten auferlegt worden wären. Denn die angegebenen gesetzlichen und quasigesetzlichen Anordnungen enthalten trotz ihrer prozessualen Form in erster Linie „die Statuierung eines zivilen Rechtssatzes, den der Prätor natürlich wie jeden anderen durchführen soll". Das sieht man vor allem aus der bereits zitierten lex agraria an einer anderen Stelle (57ff., bes. 60), wo zur Aufstellung einer zivilen (im Sinne von materiellen) Norm die prozessuale Ausdrucksweise gebraucht ist:

---

[1]) Lex Urson. tab. III col. 2, 35 (Bruns I. p. 131. 132); l. Acil. repet. 56 (Bruns I. p. 67); 75 (Bruns I p. 71). [2]) l. 1 pr. D. 14, 6 (de SC Maced.); vgl. Bruns I. p. 203; Wenger, Actio iud. § 17. [3]) l. 2 § 1 D. 16, 1 (ad SC. Vellae.); vgl. Bruns I p. 194; Wenger a. O. [4]) 34. 35. [5]) Wahrscheinlich enthielten auch das SC. Libon. (l. 6 § 3 D. 48, 10) und das SC. „ea quae aedibus iuncta sunt, legari non posse" (l. 41 § 1 D. I. mit l. 41 § 7 D. eod.) derartige Anordnungen; vgl. Schott I. S. 108. — Das SC. „quibus ad libertatem proclamare non licet" (D. 40, 13) wies den Prätor an, demjenigen, welcher sich betrügerisch als Sklaven verkaufen liess, die proclamatio (petitio) ad libertatem zu denegieren (cf. ll. 1. 3—5 D. h. t.); vgl. Kipp, Quellen § 11 A. 10. 11. [6]) l. Mamil. 54 i. f. (Bruns I p. 96). [7]) l. munic. Salpensana 26 i. f. (Bruns I p. 145); l. mun. Malac. 58. 62. 67 (Bruns I pp. 151. 153. 156). [8]) l. mun. Malac. 69; vgl. auch l. Julia munic. 97. 107. 125. 141; l. col. Genet. Juliae s. Urson. 61. 74. 75. 81. 82. 92. 93. 97. 104. 125. 126. 128—132 (Bruns I pp. 122ss.).

. . . neive unius hominis nomine, quoi . . ., agrum quei in Africa est, dare oportuit licuitve, amplius iugera CC in singulos homines data adsignata esse fuisseve iudicato . . . .

Materielle Bestimmungen der Volksgesetze vermögen aber den Prätor nicht unter allen Umständen zu binden; denn seine Unterwerfung unter die zivilen Gesetze, deren Befolgung er eidlich gelobt, ist eine nur freiwillige. „Sein Amt gibt ihm eine Art Souveränität, welche ihn über das geltende Recht stellt und ihn befähigt, sofern er die Verantwortung für sein Tun und Lassen vor der öffentlichen Meinung übernehmen will, auch in Justizsachen Verfügungen zu erlassen ohne Anhalt im Gesetze, ja sogar gegen das Gesetz," und mittels actiones utiles, ficticiae und in factum conceptae erhaltend und gestaltend in das ius civile einzugreifen[1]). Dass in Ausführung einer Formel, wie „ne actio daretur" oder ähnlich, sich das prozessuale denegare a. wirklich findet, ist klar. Dass es aber, im Gegensatze zu den gewöhnlichen Denegationsfällen ohne spezielle Gesetzesvorschrift, hier häufiger vorkommt, kann nicht behauptet werden[2]). Unrichtig ist es daher, wenn Klingmüller meint[3]), dass der Prätor die „Denegationsgründe", gleichwie der Judex die Absolutionsgründe, nur in positiven Sätzen des geltenden Rechts finden konnte. Auch von einer petitio principii, die Klingmüller der hier vertretenen Ansicht zum Vorwurf macht[4]), kann wegen der klaren Quellennachrichten wohl kaum die Rede sein.

Wenn der Prätor in seinem Album von „iudicium" oder „actionem non dabo" spricht, so findet sich in Ausführung solcher Verheissungen prozessual das denegare iudicium bzw. actionem. Das beweist das ed. de aleatoribus (D. 11, 5), wonach der Prätor kein Judizium gibt, *si quis eum, apud quem alea lusum esse dicetur, verberaverit damnumve ei dederit sive quid eo tempore dolo eius subtractum est* (l. 1 pr. D. h. t.); im Anschluss an diese Ediktsworte findet sich prozessual das non dare (denegare) bzw. das positive dare und non denegare a. in l. 1 §§ 1, 3, ferner in l. 4 §§ 1, 2 D. eod. Andere Beispiele sind das ed. quod metus

[1]) Vgl. ebenso Wlassak, Ed. S. 119; Bekker Z. 15 (28) S. 184; Schott I. S. 105 ff.; Windscheid-Kipp a. O. [2]) cf. l. 1 pr. § 1; l. 7 § 6; l. 9 § 2 D. 14, 6; l. 2 § 1; l. 19 § 5 D. 16, 1. [3]) Klingmüller S. 272. [4]) Klingmüller S. 268. 269 (gegen Schott, dem die Darlegungen im Text folgen).

causa (D. 4, 2) mit den Stellen: l. 9 pr. §§ 1, 3, 4, 6, 8; l. 12 §§ 1, 2; l. 16 §§ 1, 2; l. 17; l. 19; l. 21 pr. u. § 6; das ed. de iureiurando (l. 7 D. 12, 2) mit dem Denegationsfall in l. 7 und 35 pr.; das ed. de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis (D. 42, 5 bes. l. 25) mit der Denegationsstelle in l. 9 § 5 D. 12, 2.

So behielten sich, wie man aus den Edikten der Magistrate nachweisen kann[1]), die Prätoren auch bezüglich eines Exzeptionsgrundes (z. B. ein Vertrag war betrügerisch geschlossen, oder der andere Kontrahent zum Abschlusse des Rechtsgeschäftes gezwungen, oder einer war minderjährig, oder der eine besass vi, clam oder precario ab adversario), wenn dieser vom Kläger in iure sogleich zugegeben wurde, überall die sofortige Klageabweisung vor, soweit der Anspruch infolge des Einwandes als ungültig betrachtet werden konnte. Ist eine solche Verheissung in das Album aufgenommen, dann ist der Prätor grundsätzlich verpflichtet, sich an die Verheissung zu halten. Denn, während er an zivile Normen nur im Prinzip gebunden ist, wird er zur Befolgung seiner ediktalen Vorschriften und Grundsätze durch die lex Cornelia de edictis perpetuis verpflichtet[2]). Daran ändert auch die Beantwortung der Frage nichts, ob der Prätor zur datio oder denegatio a. für solche Fälle wirklich gezwungen werden konnte. Es bestand für den Magistrat „das öffentlichrechtliche, nach dem damaligen ius publicum aber direkt unerzwingbare Soll, unter den gegebenen Voraussetzungen die Handlungen vorzunehmen", wobei „jedes nichtrechtmässige Können, das einem, wenn auch nicht zwangsweise geschützten Sollen zuwiderläuft", hier unberücksichtigt bleibt[3]).

[1]) cf. l. 7 § 9 D. 2, 14; l. 1 D. 4, 2; l. 1 § 1 D. 4, 4 verb. mit l. 32 eod.; l. 2 § 2 D. 11, 7; l. 1 pr. D. 29, 30; l. 1 pr. D. 43, 17; l. 1 pr. D. 43, 19; l. 1 pr. D. 43, 20; l. 1 pr. D. 43, 21; l. 1 pr. § 6 D. 43, 22 u. a. m. — Für leges cf. z. B. l. 1 pr.; l. 16 pr. D. 35, 2. [2]) Wlassak (Ed. S. 68 A. 2; II S. 339): „Die ediktale Verheissung des Magistrates ist zwar keine unzerbrechliche Fessel, aber doch nicht wertlos. Denn das ius dicere contra edictum konnte den Vorwurf pflichtwidriger Amtsführung begründen"; Kipp, Quellen S. 53ff. (bes. S. 55); Bekker Z. 15 (28) S. 184. — A. M. z. T. Sohm S. 61. 62 A. 3. 4; S. 85. 86. [3]) Bekker (Z. 15 [28] S. 188): „Actio ist ein Recht publizistischer Natur, wider den Prätor direkt nicht durchzusetzen. Auch wenn der Magistrat ohne Grund die Erfüllung weigern wollte, wäre der Partei z. Zt. nicht zu helfen (auch nach der L. Cornel.

Im übrigen durfte der Prätor seine Denegationsbefugnis gebrauchen mit der Massgabe, dass er bei allen Abweisungen und Beschränkungen des Klägers die Verantwortung für die juristische Korrektheit des Aktes zu tragen hatte. Er hatte „moralisch“[1]) wenigstens dafür aufzukommen, dass behauptete und als wahr angenommene Tatsachen entweder nach Zivil- oder Ediktsrecht oder auch nach einer ausserhalb der Grundsätze der Lex und des Edikts liegenden, von ihm zu wahrenden Billigkeit[2]) die Abweisung oder Einschränkung als geboten und gerechtfertigt erscheinen liessen[3]). Er unterlag in dieser Hinsicht den gewöhnlichen Grundsätzen über die Verantwortlichkeit römischer Magistrate[4]).

Aber selbst, wenn im Edikt verheissen ist, dass eine Klage nicht werde gegeben werden, so kann der Prätor, obgleich er eigentlich an den Buchstaben des Edikts gebunden ist, doch ein Übriges tun und die ganze Sachuntersuchung, die sich darauf zu erstrecken hat, ob der vorliegende Fall den Anforderungen des betreffenden Ediktssatzes genügt und unter ihn zu subsumieren ist, zumal wenn sie einen grossen Umfang anzunehmen droht, mittelst praescriptio, exceptio oder sponsio praeiudicialis dem Geschworenen zur genauen Durchführung überweisen[5]). So wenigstens verstehe ich die Worte in l. 9 § 5 D. 12, 2: *si . . . experiri volet, aut denegari debet actio aut exceptio opponitur fraudatorum creditorum,* verbunden mit l. 25 D. 42, 5: *ait praetor: 'quod postea contractum erit, quam is, cuius bona venierint, consilium receperit fraudare, sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur'.*

fehlt jede Handhabe, den Magistrat im Amte zum positiven Tun zu zwingen), und zudem kann der Prätor jeden Augenblick einen Grund zur Denegation aus der aequitas entlehnen und damit seiner Abweisung den Schimmer der Berechtigung schaffen“; ders. Z. 24 (37) S. 350 f.; Z. 27 (40) S. 10. 15; Klingmüller S. 270. 271. [1]) Vgl. Bekker a. O.; Schutz S. 24. [2]) Dieser Grundsatz ist, wenigstens für das Extraordinarverfahren (was Schutz S. 12 übrigens nicht genügend hervorhebt), prinzipiell ausgesprochen in l. 3 C. 2, 1. Er galt aber auch für das Ordinarverfahren, für dessen Führung dem Prätor stets die „aequitas“ und die „bona fides“ zur Pflicht gemacht wurde (vgl. Kipp a. O. § 2 S. 8 (III); Bekker Z. 15 (28) S. 184. 188; Schutz S. 39; Klingmüller S. 270. [3]) Bekker II S. 20ff.; Jörs I S. 157. [4]) S. ausführlich u. Abschnitt E. [5]) Ebenso Bekker Z. 27 (40) S. 11. 45.

Damit handelt der Prätor dem Edikte nicht nur nicht zuwider, sondern er wird im Gegenteil den Interessen beider Parteien gerecht dadurch, dass er der Streitsache eine eingehende und unparteiliche Untersuchung zu teil werden lässt.

Hat der Prätor für den betreffenden Fall unzweifelhaft die actio versagt, so darf er dem Kläger natürlich nicht zum Siege verhelfen. Das wäre in Wahrheit ein Verstoss gegen die prätorische Satzung.

Alle diejenigen Stellen, in denen im Anschluss an eine ausdrückliche ediktalische Bestimmung (iudicium, bzw. actionem non dabo) ein non dare (denegare) ergeht, machen den geringsten Bruchteil der sämtlichen Denegationsfälle in den Quellen aus. In den weitaus meisten Fällen denegiert der Prätor im Anschluss an die Gesetze und deren Rechtsgedanken, im Anschluss an den Geist, welcher sein Amtsedikt beherrscht, oder im Anschluss an eine von ihm vorgenommene Sachuntersuchung, die ihn den in concreto geltend gemachten Anspruch als des Rechtsschutzes unwürdig erkennen lässt. Daraus darf m. E. geschlossen werden, dass ein besonderer ediktaler Vorbehalt für die denegatio a. nicht erforderlich gewesen ist[1]).

4. „Causa cognita" im Edikt keine Voraussetzung der denegatio a. Die Ankündigung einer causae cognitio ist für die spätere denegatio a. nicht erforderlich[2]). Der Prätor verspricht nämlich im Edikt die Gewährung oder Versagung der Klage oft nur „c. c." oder „si qua alia iusta causa esse videbitur"[3]) oder „uti quaeque res erit, animadvertam"[4]) [5]).

[1]) A. M. Klingmüller (S. 269): „Inserierte der Prätor die Formel „iudicium s. actionem non dabo" ins Edikt, so waren für ihn durch derartige Vorbehalte weitere Denegationsmöglichkeiten gegeben." [2]) So auch Leonhard S. 509 A. 1; Pernice Z. 14 (27) S. 142ff.; Jörs I S. 192f. (Abschn. XVII); Schultze S. 243f.; Schott I S. 111. 114. — A. M. Klingmüller a. O.; früher auch Heffter: Inst. S. 278 A. 20, mit Berufung auf l. 15 §§ 34. 43 D. 47, 10. — Heffter hat seine (irrige) Ansicht aufgegeben in s. Syst. (S. 354f.), einer Neuaufl. der Inst., wo der betreffende Passus der Inst. an fraglicher Stelle fortgelassen ist. [3]) l. 1 § 1 D. 4, 3; l. 13 pr. D. 4, 4; l. 7 pr. D. 28, 8; l. 6 § 3 D. 29, 4. [4]) l. 1 § 1 D. 4, 4. [5]) Dass diese neben „c. c." gebrauchten Wendungen dasselbe wie „c. c." bedeuten, ersieht man z. B. aus l. 1 § 1 D. 4, 3 verb. mit l. 9 § 5 D. h. t. einerseits, l. 1 § 1 D. 4, 4 verb. mit l. 24 § 5 D. h. t. anderseits. — Vgl. auch Kipp, Quellen S. 51. 52; Pernice Z. 14 (27) S. 144f.

Je nach dem Ausfall dieser sozusagen reservierten c. cognitio findet sich im Anschluss daran entweder datio oder denegatio a.

So verbindet sich mit dem ed. de dolo malo (l. 1 § 1 D. 4, 3), in dem die c. cognitio vorbehalten ist, eine datio bzw. denegatio a. in l. 1 § 5; l. 7 §§ 6—10; l. 9 pr. u. § 5; ll. 10, 11; l. 13 § 1; l. 15 § 1 u. l. 25 D. 4, 3; mit dem ed. de minoribus vig. quinque annis (l. 1 § 1 D. 4, 4) in l. 13 u. l. 27 § 1 D. h. t.; mit dem ed. de iure deliberandi (D. 28, 8; bes. l. 7 pr.) in l. 7 § 2 D. h. t.; mit dem ed. si quis omissa causa test. (D. 29, 4; bes. l. 6 § 3) in l. 6 §§ 4, 5, 8 u. l. 7 D. h. t.; mit dem ed. quod metus c. (D. 4, 2; bes. l. 1 u. l. 14 § 1 i. f.) in l. 9 § 3 i. f.; l. 16 § 2 u. l. 17 D. h. t.

Diese Beispiele genügen schon, um darzutun, dass in der Tat ein dare und non dare a. im Anschluss an einen ediktalen Vorbehalt der c. cognitio häufig ist. Gleichwohl ist die Angabe des „c. c." keine Vorbedingung des dare bzw. denegare a. Denn, will der Prätor von seinem Denegationsrechte nicht einen leichtfertigen und willkürlichen Gebrauch machen, dann wird eine Kognition von mehr oder minder ausgedehntem Umfang vor und zum Erlass dieses prätorischen Dekretes, ebenso wie bei der datio actionis (formulae), stets erforderlich sein[1]). Wo die c. cognitio trotzdem im Album ausdrücklich erwähnt wird, müssen besondere Gründe vorliegen, die mit der eigentlichen Bedeutung von „c. c." eng verknüpft sind. Denn ich glaube nicht, dass es nur als Flickwort im Ediktstexte dient, oder dass, wie Klingmüller im Gegensatz zu Schott annimmt[2]), durch derartige Vorbehalte für den Prätor lediglich „weitere Denegationsmöglichkeiten" geschaffen werden. Gegen die Notwendigkeit eines Vorbehalts der causae cognitio spricht auch die Tatsache, dass in vielen Stellen, obwohl ein solcher Vorbehalt darin nicht gemacht ist, sei es dass die Judikatur sich auf die Gesetze stützt, oder dass der Prätor in seinem Edikt das „iudicium non dabo", ohne Hinzufügung des c. c., in Aussicht gestellt hat, sich trotzdem ein denegare a. findet (cf. l. 97 § 2 D. 45, 1; ll. 7 u. 9 pr. D. 12, 2; l. 22 § 6 D. 24, 3 etc.).

[1]) Vgl. für die Bildung einer actio utilis durch den Prätor die Worte des Juristen in l. 99 D. 29, 2. — Vgl. auch das c. c. denegare in l. 26 § 4 D. 4, 6. [2]) Klingmüller (S. o. S. 51 A. 1).

Unter der magistratischen Befugnis, ohne Vorbehalt einer causae cognitio die Aktio gewähren, bzw. versagen zu können, darf man sich aber nicht schrankenlose Willkür vorstellen. Einem solchen Übelstande wurde schon durch die sorgfältige Abgrenzung der jurisdiktionellen Kompetenzen der Magistrate[1]) ein Riegel vorgeschoben. Gerade die streitige Gerichtsbarkeit war nach Gegenstand und Geldeswert auf die einzelnen Prätoren und sonstigen Rechtspflegeorgane genau verteilt, wie die alten Volksgesetze Roms beweisen, z. B. die lex agraria [Thoria] (15, 17), lex Rubria de Gall. Cisalp. (21), lex Mamilia (4, 5), lex Malacitana (65, 69), lex munic. Salpensana (26)[2]).

Wenn aber der Vorbehalt einer causae cognitio für das dare oder non dare a. unnötig ist, — welche Veranlassung hat dann der Prätor gehabt, diese Klausel in gewisse Ediktssätze noch besonders aufzunehmen?

Einmal mag die Erwägung dafür sprechen[3]), dass, gleichwie Gesetze etwas an und für sich Überflüssiges nur sagen[4]), um sich allgemeinverständlicher zu machen (cf. l. 15 §§ 26—28 D. 47, 10), so auch der Prätor sein „c. c." hinzugesetzt hat, um vor einseitiger Auslegung, vor Buchstabeninterpretation, vor Übertreibung des von ihm verkündeten Satzes, kurz, vor allerlei Missverständnissen zu warnen, auch vielleicht, um ein Analogon zur Klausel „ex fide bona" zu haben[5]). Der Prätor gewann dadurch Schutz gegen den Vorwurf, von seinen Ediktsgrundsätzen abgewichen zu sein, weil er durch Einfügung von „c. c." vermied, sich die Hände zu binden[6]). Zum Anderen beruht m. E. der Zusatz „c. c." nicht nur auf jurisdiktionellen und politischen Erwägungen, sondern vorwiegend und in den meisten Fällen wohl darauf, dass der

[1]) cf. D. 1, 9 bis D. 2, 1; l. 2 D. 1, 2. [2]) Vgl. Kleinschrod S. 27. — Über die Bedeutung dieser Gesetze für die Beantwortung der Frage, ob ähnliche Bestimmungen in Rom gegolten haben, und ob sie erst von der Hauptstadt aus, durch Bewidmung, nach den Municipien verpflanzt worden sind, vgl. Keller S. 420. 421, bes. A. 986; Mommsen, Stadtrechte S. 432; Bethmann-Hollweg II § 116, die das Letztere, also Bewidmung, annehmen; dagegen Merkel II S. 92 (vgl. aber a. O. S. 9). [3]) So Schott I S. 111; auch Kipp a. O. S. 51. [4]) So auch heute noch; vgl. z. B. §§ 99, 823 BGB.; §§ 50. 70. 71. 72 HGB.; §§ 259. 266 StGB.; §§ 146. 278 ZPO. [5]) A. M. Klingmüller S. 269. [6]) Kipp a. O.

Mannigfaltigkeit des menschlichen Lebens und damit der Verschiedenartigkeit der Streitigkeiten Rechnung getragen werden soll, kurz auf Gründen, die mit der Fassung des Edikts und mit der gesetzgeberischen Technik eng zusammenhängen. Der Prätor vermag zwar viele Einzelfälle kasuistisch aneinander zu reihen und entsprechende Rechtsvorschriften zu erlassen, aber niemals sämtliche Kombinationen zu berücksichtigen. Darum wählt er das „c. c." und schafft damit ein prozessrechtliches Prinzip.

Im Gegensatze zu Klingmüllers Ansicht[1]) möchte ich sogar behaupten, dass ein mitnormiertes „c. c." nicht allein im Interesse des Magistrates lag, sondern in erster Linie im Interesse der Parteien, indem das c. c. den Kläger wie Beklagten darauf hinwies, dass hier freies, billiges Ermessen des Prätors ein für allemal obwaltete. Alsdann kann um so weniger von einer durch den Vorbehalt geschaffenen weiteren „Denegationsmöglichkeit" die Rede sein.

Die Unabhängigkeit des Magistrates vom Vorbehalt der causae cognitio folgt auch daraus, dass der Prätor, wie wohl niemand bestreiten wird, stets selbst „kognoszieren" kann. „Das Wann und Wie bleibt seinem Ermessen innerhalb seines Amtsjahres, bei gebotener Gelegenheit überlassen." Dies hebt Bekker mit Recht hervor[2]). Wenn er fortfährt: „Verwandt, aber nicht ganz gleich, wo die Erteilung irgend eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels „c. c." oder auf Grund einer „iusta causa" in Aussicht gestellt wird: beim „cognoscere" im ersten Sinne funktioniert der Magistrat als Richter, hier mehr als Quasigesetzgeber, indem er die im Jahresedikt summarisch und generell gegebenen Rechtsregeln zu spezialisieren unternimmt," — so handelt es sich hier, wie Bekker ja selbst sagt, nur um die Charakterisierung der prätorischen Stellung im Internen.

Wie aus dem Vorhergehenden bereits erhellt, steht Klingmüller in der Beurteilung der Stellung, die die römischen Prätoren dem ius civile und honorarium, Gesetz und Edikt gegenüber eingenommen haben, prinzipiell auf einem anderen Standpunkt, wenn er sich „gegen jene souveräne Stellung des Prätors" aus Erwägungen „allgemeiner Natur" heraus wendet.

[1]) Klingmüller (S. o. S. 51 A. 1). [2]) Bekker Z. 15 (28) S. 174.

„Die staatsrechtliche Stellung des Prätors", so äussert sich Klingmüller in seiner Kritik[1]), „werden wir Modernen nie völlig verstehen können, weil sie ohne jedes Analogon in modernen staatsrechtlichen Verhältnissen ist und Gegensätze enthielt, die wir jetzt peinlich bestrebt sind, von einander gesondert zu halten und nicht in einer Person zu vereinigen. Es offenbaren sich nun bei dem römisch-rechtlichen Institut der denegatio a. zweifellos diese in der staatsrechtlichen Stellung des Prätors liegenden Gegensätze. Als Ausfluss einer Tätigkeit, die der Prätor so als Mitträger der Souveränität und zugleich als Rechtspflegeorgan ausübte, lässt sich die denegatio nicht in enge nur prozessuale Grenzen leiten; Beschränkungen konnten dieser zweifachen Betätigung auch von zweifacher Seite auferlegt werden: einmal durch staatsrechtliche Sätze gegenüber dem Imperiuminhaber (z. B. lex Cornelia), ferner durch privatrechtliche Sätze gegenüber dem Rechtspflegeorgan, welches doch verpflichtet war, die Privatrechtsordnung zur Anwendung und Ausführung zu bringen (z. B. SC. Vellae.: ne petitio . . actio detur etc.). Es hatte der Prätor allen „Grund" also, die denegatio — wie verordnet — vorzunehmen, wollte er nicht gegen ius publicum oder privatum verstossen. Dazu die eigentümliche Mischung von legislativen und jurisdiktionellen Befugnissen; und in der gleichen Richtung liegend die Berücksichtigung der aequitas im Prozess der klassischen Periode! War also der Prätor im römischen Staatswesen zu nicht unbedeutendem Teil Mitträger der Souveränität, so ist doch seine Stellung als Rechtspflegeorgan praktisch durch die in Rom „wirklich greifbare Volksüberzeugung" dauernder Beschränkung und Kontrole unterworfen gewesen. Eine derartige, sogar gesetzlich fixierte Beschränkung liegt auch in der lex Cornelia vor: Wenn nunmehr die Prätoren von Gesetzeswegen verpflichtet waren, sich bei ihrer Rechtsprechung, d. h. also bei der Ausübung des Rechts dandae und denegandae a., an die Sätze der edicta perpetua zu halten, so kann man doch nicht mehr von einem schrankenlosen Denegationsrecht des Prätors reden[2]). Aus dem Versprechen des Prätors „iudicium dabo" musste offenbar im gegebenen Fall für die Partei die Befugnis erwachsen, die Bestellung des iudex vom

[1]) Klingmüller S. 269 ff. [2]) Vgl. Bekker Z. 24 (37) S. 350.

Prätor fordern zu dürfen; darüber lassen doch die Quellen keinen Zweifel. Ob die tatsächliche Durchführung dieser Befugnis dem Prätor gegenüber rechtlich gesichert war, ist eine andere Frage. Hierin liegt keine Verwechselung zwischen Zivilprozess und Zivilrecht“ [1]).

Demgegenüber ist zu sagen: Es ist richtig, dass der Prätor an sich bei der Rechtspflege auf die Einhaltung und Ausführung der Gesetze verpflichtet und beeidigt war. Es bestanden staatsrechtliche Schranken, die dem Prätor verboten, von der denegatio a. einen leichtfertigen, willkürlichen oder parteiischen Gebrauch zu machen. Denn der allgemeine Staatsgrundsatz: praetor ius dicere potest ist ebenso richtig in der Form: praetor ius dicere debet. Auch gab es eine Reihe prozessrechtlicher Vorschriften über die Ausübung des ius denegationis. — Allein daneben war der Prätor auf Grund seines Imperiums imstande, jede Massregel und Verfügung anzuordnen und durchzusetzen, die ihm passend erschien, sofern er nur nicht durch Interzession etc. daran gehindert wurde [2]).

Wenn Klingmüller als „lehrreiches“ Beispiel einen von Appian (bell. civ. I. 54) berichteten Vorfall aus dem Jahre 89 v. Chr. erwähnt, — plebejische Schuldner klagen bei dem Prätor Asellio gegen patrizische Wucherer auf die nach der lex Marcia eingeführte Privatstrafe im Wege der legisactio per manus iniectionem; Asellio, zunächst schwankend, lässt es doch zum Verfahren in iure kommen und ἐδίδου κατ' ἀλλήλων δικαστήρια (Verweisung an die iudices); die Patrizier halten Rechtsbeugung für vorliegend, ὅτι τὸν νόμον παλαιὸν ὄντα ἀνεκαίνιζε, insofern, als der Prätor dem geltenden, nicht dem obsolet gewordenen Rechte untersteht, und erschlagen Asellio auf dem Forum, — und wenn er daraus folgert: „Der Gegensatz zwischen patrizischer und plebejischer Parteiauffassung berührte also nur das Bestehen eines Rechtssatzes, aber beide hielten den Prätor bei der Ausübung des Dationsrechts bezw. Denegationsrechts doch als an das Gesetz gebunden“, so enthält diese Konsequenz nichts Neues. Niemand wird leugnen können, dass der Prätor im Prinzip verpflichtet war, die Gesetze und Edikte anzuwenden, die die

[1]) A. M. Schott II S. 23 (gegen Bekker Z. 24 (37) S. 344 ff.) [vgl. Klingmüller S. 271]. [2]) Bruns-Lenel S. 110.

Grundlage jeder Rechtspflege und Rechtsprechung bilden. Aber ebenso gewiss ist es, dass der Prätor, namentlich vermittels der Interpretation, anstatt des obsoleten, veralteten Rechts „seine eigene Überzeugung, sein eigenes pflichtgemässes Ermessen" walten lassen konnte und sollte. Ausserdem ist es fraglich, ob man der Volksauffassung vom Amt des Prätors und damit der ganzen Appian-Stelle ein so grosses Gewicht beimessen darf, wie es Klingmüller tut, da es sich hier offenbar lediglich um ein Parteigezänk handelt. Ob die Patrizier und Asellio selbst recht getan haben, ist ebenso ungewiss.

5. **Grenzen des ius denegationis.** a) War nach den bisherigen Ausführungen das ius denegationis des Prätors so gut wie unbeschränkt, so wird es nunmehr durch die Beschränkung auf liquiden Sachverhalt erheblich eingeengt. Soll nämlich die denegatio a., wie ich behaupte, zu Recht erlassen werden, so muss der Prätor zu klarer Erkenntnis des Sach- und Streitstandes gekommen sein, das Verfahren in iure muss die mangelnde Berechtigung des Klägers liquide gestellt haben.

Diesem Zweck diente in erster Linie das iusiurandum in iure. Die Leistung des iuramentum delatum, bezw. relatum steht dem rechtskräftigen Urteil in seinen Wirkungen auf die Gewährung des Rechtsschutzes gleich (cf. ll. 1. 2 D. 12, 2; l. 1 pr. D. 44, 5): Der Prätor denegiert die Klage, da durch die Eidesleistung voller Beweis der Wahrheit erbracht wird (ll. 7. 8 D. 12, 2), und zwar wird die Actio, postquam iuratum est (cf. l. 9 D. eod.), nicht nur gegen den Schwörenden selbst, sondern auch gegen dessen Rechtsnachfolger denegiert. Deferiert z. B. der tutor pupilli den Eid, und wird der Eid ausgeschworen, dann wird dem Mündel die Actio verweigert (l. 35 pr. D. eod.)[1]). Der effektiven Eidesleistung steht der Eideserlass seitens des Gegners gleich (Paul. sent. II 1, 3), und die Frage, ob der Eid geleistet oder erlassen sei, wird regelmässig in iure geprüft (cf. l. 9 pr. D. 12, 2 u. Paul. sent. II 1, 3).

Ganz anders als mit dem Schiedseide verhält es sich mit dem Schätzungseid (iusiurandum in litem). Denn hier handelt es sich nicht um Bestehen oder Nichtbestehen, sondern um die Höhe des streitigen Anspruchs. Es liegt daher kein Grund zur dene-

[1]) cf. l. 10 D. 37, 10, verb. mit l. 3 § 3 D. 12, 2.

gatio a. vor (cf. l. 28 § 1 D. 49, 1). Ebensowenig bei dem gegenüber einer Noxalklage geleisteten Eide, servum in potestate non esse; der Eid wirkt nicht, wenn der Sklave später doch in die Gewalt des Beklagten gelangt (l. 21 §§ 2. 6, D. 9, 4)[1]).

Die Behauptung, dass die denegatio a. die Liquidität im Jus zur Voraussetzung hat, stützt sich einmal auf l. 9 pr. D. 12, 2: *nam posteaquam iuratum est, denegatur actio; aut si controversia erit, id est, si ambigitur, an iusiurandum delatum sit, exceptioni locus est*[2]).

Wir haben in dieser Ulpian-Stelle, wie deutlich erkennbar ist, zwei Satzglieder mit verschiedenem Inhalt. Das erste Glied zeigt uns die Verfahrensart, wenn geschworen ist, das zweite, „si controversia erit, id est, si ambigitur". Controversia bezw. ambigitur muss also zu posteaquam iuratum est im Gegensatze stehen. Die Bestätigung und den Aufschluss gibt uns denn auch wirklich der Ediktstext selbst in l. 7, D. h. t.: *ait praetor: 'Eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo'*, und zwar, weil, was bereits erwähnt wurde, durch einen ausgeschworenen Eid voller Beweis der bestrittenen und zu beweisenden Tatsachen erbracht wird[3]). Die Bedeutung der Stelle ist demnach folgende: Wenn das Sach- oder Rechtsverhältnis, und sei es auch nur die Frage, ob der Eid zugeschoben ist, in iure illiquide ist, dann darf der Prätor nicht denegieren, sondern muss eine Exzeptio erteilen, die dem Judex die unklaren Stellen zur eingehenden Untersuchung und Aburteilung zu unterbreiten bestimmt ist.

Noch klarer spricht für das Liquiditätserfordernis die Stelle in Paul. sent. II. 1, 3.

si reus cum iurare velit, actor illi necessitatem iurisiurandi remisit et hoc liquido appareat, actio in eum non datur[4]).

[1]) Bezüglich l. 23 D. 9, 4 halte ich Schotts Vermutung (I S. 80), dass, mit Rücksicht auf den Schluss von l. 22 eod., in l. 23 mit der „exceptio" die exceptio rei iudicatae gemeint ist, für richtig, da sonst l. 23 eine müssige Widerholung von l. 21 § 6 bedeuten würde. [2]) Vgl. darüber auch Savigny V S. 163 A. h. [3]) l. 2 D. 12, 2: Iusiurandum speciem transactionis continet maioremque habet auctoritatem quam res iudicata (vgl. auch l. 1 D. 12, 2; l. 14 pr. D. 44, 5. [4]) Vgl. die Worte bei Gell. N.A. 14, 2 § 14: si .. ei (scil.: iudici), priusquam agi coepta aut in iudicium deducta sit, ... cognita liquido et comperta sit.

Wenn also der Beklagte zwar zum Schwur bereit ist, der deferierende Kläger aber remittit necessitatem iurisiurandi, dann kommt es bei Liquidität dieser Tatsachen des Eidesgeschäfts zur denegatio a. Die Definition des remittere gibt uns Paulus im neunzehnten Buch seines Ediktskommentars (l. 6 D. 12, 2): der Erlass des Schwurs hat die Wirkung der Eidesleistung, d. h. auch dadurch wird voller Beweis erbracht und damit das Streitverhältnis klargestellt[1]).

Die Ansicht von Schott, welcher weit davon entfernt ist, der Ulpian- und Paulusstelle die ihnen von uns beigelegte Bedeutung zuzumessen, wird uns unten noch ausführlich beschäftigen. Hier sei lediglich, wozu die einführenden Worte Schotts bezüglich jener Stellen[2]): „Jedoch kann der Prätor auch nur eine exceptio geben" der Anlass sind, bemerkt, dass ein ganz wesentlicher Unterschied zwischen der Abweisung des Klägers in iure und seiner Abweisung auf Grund der Freisprechung des Beklagten in iudicio besteht. Die Wirkung der exceptio (i. techn. Sinn) ist absolut; sie hat Klagenkonsumtion zur Folge; es ergeht eine sententia iudicis, die der Rechtskraft fähig ist, während die denegatio a. mit Konsumtion und Rechtskraft nichts zu schaffen hat[3]). Auf S. 80 „Rechtsschutz im römischen Zivilprozess" kommt Schott m. E. der Sache etwas näher, wenn er bezüglich der Paulusstelle sagt: „Der Leistung des Eides steht natürlich dessen Erlass gleich: Paul. sent. II. 1, 3, wo das liquido auf die eventuelle Gewährung der exceptio . . . hinweist", wodurch er andeutet, dass bei illiquido exceptioni locus erit.

Es könnte eingewandt werden, dass das „aut" in l. 9 pr. D. 12, 2 doch zeige, dass dem Prätor tatsächlich anheimgegeben war, nach Willkür bald zum einen bald zum anderen Mittel zu greifen. Hiergegen spricht aber nach meinem Dafürhalten einerseits die gewichtige indikativische Form und die Stellung des „exceptioni locus est", ferner der Bedingungssatz: „si controversia erit", anderseits der Umstand, dass man auf das „aut" nicht allzu grosses Gewicht legen darf, da es, streng genommen, eigentlich keinen rechten Sinn gibt. Es steht ohne jede Verbindung da, unvermittelt mit dem vorangehenden Text.

[1]) S. o. S. 57; ferner l. 5 § 2 D. 12, 2; Paul. II 1. 3. [2]) Schott S. 79. [3]) S. u. S. 78 ff.

Es ist nicht undenkbar, dass das erste dazu gehörige, korrespondierende Stück des Ulpianschen Ediktskommentars von den Kompilatoren des Corpus Iuris fortgelassen ist, wofür das Beginnen der l. 9 mit „nam“ sprechen würde; ist doch das Gleiche bereits durch die Worte in l. 7 „nam de eo, quod iuratum est, pollicetur se actionem non daturum . . . .“ ungleich besser und genauer ebenfalls von Ulpian ausgesprochen. Auch glaube ich nicht, dass hier im Original des Ediktskommentars eine überflüssige Wiederholung seitens desselben Juristen vorgelegen hat[1]). Im Gegensatz zu dieser vielleicht nicht ganz sicheren Ulpianstelle tritt das Erfordernis der Liquidität für den Gebrauch des ius denegationis bei Paulus durch das „et“ unzweideutig hervor. Denn durch dieses „et“ wird das zweite Erfordernis für die Zulässigkeit des „actionem non dabo“, nämlich das „liquido apparere“, die Gewissheit und Unbestrittenheit, besonders betont.

Unter gewissen Umständen kommt es zur denegatio a., wenn dem Kläger im Jus bereits zuteil geworden ist, was er begehrt: Feststellung seines Anspruches und nötigenfalls Zwangsvollstreckung gegen den unterlegenen Beklagten. Denn, angenommen, es erginge eine sententia iudicis, so müsste die eigentliche Vollstreckung der Sentenz, sofern der iudicatus nicht zur Befriedigung des Siegers bereit ist, vom Prätor ausgehen, die Prozessache also zu ihm zurückkehren. Dies würde eine unnütze Zeitvergeudung und Arbeit verursachen, zumal der Spruch der Geschworenen nur eine Wiederholung dessen sein müsste, was bereits in iure festgestellt war. In solchen Fällen ist es praktisch und nicht zuletzt gerecht, dass der Prätor die Formel verweigert und auf andere Weise, z. B. mittels decretum solvendi, exhibendi sive restituendi, mittels missio in bona, pignoris capio, manus militaris, dem Kläger zu seinem Recht verhilft. Der Prätor mag dann dem Beklagten aufgeben, seinen Gegner klaglos zu stellen, oder aber zwecks Befriedigung des Klägers die sofortige Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Beklagten anordnen[2]). Auch daraus geht hervor, dass die denegatio a. an das Erfordernis der Liquidität gebunden ist. Bietet z. B. der Beklagte vor dem Prätor Befriedigung des Klägers an, und will dieser, unter Zurückweisung

[1]) Lenel (Ed. S. 145ff.) bemerkt nichts darüber. [2]) Damit stimmt die Tendenz des Zwölftafelsatzes: „Confessus pro iudicato habetur“ überein.

der angebotenen Schuldsumme, gleichwohl die datio a., dann wird er mit diesem seinem Rechtsschutzbegehren zurückgewiesen; denn hier ist durch das Angebot des Beklagten der materielle Anspruch des Klägers in iure liquide gestellt (l. 30 D. 46, 3; l. 73 D. 3, 3); eine Überweisung des Prozesses an den Judex erscheint überflüssig, da der eigentliche Zweck des Prozesses, Befriedigung des Gläubigers, bereits apud praetorem erreicht ist. Statt der Realoblation genügt nach Ulpians Ansicht schon die confessio des Beklagten, se debere paratumque esse solvere (l. 21 D. 5, 1), wodurch ebenfalls Liquidität herbeigeführt wird. Denselben Erfolg hat das prozessuale Anerkenntnis des Beklagten. Hier wird nicht erst die Aktio gewährt, sondern sofort zur Exekution mittels addictio, eventuell duci iubere geschritten[1]). So Paulus II. 1, 5:

si qui debito quocunque modo confessus docetur, ex ea re actio creditori non datur, sed ad solutionem compellitur.

Ist oder wird dem Prätor bekannt, dass über die augenblicklich anhängig gemachte Streitsache früher ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, so denegiert er die Aktio (Cic. pro Flacco 21, 49; l. 4 § 3 D. 9, 4; l. 6 D. 47, 10). In l. 4 D. 37, 10 erfolgt z. B. die Denegation, weil schon aus einem anderen Urteil die mangelnde Aktivlegitimation hervorgeht, m. a. W. liquide ist. Ebenso werden schon auf Grund eines gegen die Mutter wegen Kindesunterschiebung ergangenen Strafurteils dem partus subiectus, si suppositum apparuerit, die actiones hereditariae verweigert. So heisst es in l. 1 § 11 D. 37, 10 (de Carboniano edicto):

dubium non est cognitionem fieri oportere, et post eventum cognitionis, si suppositum apparuerit, actiones hereditariae puero denegandae sunt, . . .

Auch hier ist das „apparere" Vorbedingung der denegatio a. Dasselbe beweisen l. 56 § 1 D. 21, 2 und l. 132 pr. D. 45, 1, wo ebenfalls bereits erlassene Entscheidungen den Anlass zum denegare a. bilden. Ferner ist l. 9 D. 34, 9 (de his quae ut indignis auferuntur) zu vergleichen, wo das *„verisimile esse coeperit testatorem noluisse"* und das *„si palam et aperte testatori maledixerit"* auf das Liquiditätserfordernis hinweist. Ebenso spricht l. 90 § 1 D. 1 verb. mit pr. D. 1 dafür: *non dubie voluntatis . . quaestio erit, sed non absimilis est prioris casus circa filii providentiam, nisi evidens*

[1]) Vgl. die Ausführungen o. S. 23 f.

voluntas contraria patris probetur. Dann l. 19 D. III: *Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiamsi non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit.* Ob nun der Legatar seine Kautionspflicht gegenüber dem Erben erfüllt hat, wird leicht liquide zu stellen sein, wie überhaupt der Eintritt einer Bedingung, unter welcher jemandem etwas vermacht ist, in ähnlichen Fällen sehr schnell nachgewiesen werden kann (vgl. auch l. 1 § 3 D. 27, 2)[1]). Einen Beweis für das Erfordernis der Liquidität als einer Voraussetzung rechtmässiger Klagendenegation enthält endlich l. 21 § 9 D. 4, 8[2]). Nach Ansicht der Juristen Proculus und Atilicinus, so berichtet Ulpian, verwirkt ein litigator, der den Schiedsrichtertermin versäumt hat, die vereinbarte Strafe (cf. l. 2 D. h. t.) auch dann, wenn sein Ausbleiben darauf beruht, dass er valetudine vel rei publicae causa absentia impeditus sit aut magistratu aut alia iusta de causa. Die Strafe kann zwar eingeklagt werden. Aber, fährt Ulpian fort: *(sed) si paratus sit in eundem compromittere actionem denegari aut exceptione*[3]) *tutum fore.* Der Prätor soll also grundsätzlich die Wahl zwischen denegare actionem und dare exceptionem haben. Wenn er sich jedoch nicht ganz klar ist über den Tat- und Rechtsstand, dann soll er eine Exzeptio in die Formel einfügen, also actionem non denegare; das wird immerhin vorsichtiger und sicherer sein. Ebenso verhält es sich mit l. 9 § 5 D. 12, 2: *si . . . experiri volet, aut denegari debet actio aut exceptioni opponitur fraudatorum creditorum.*

Dass wir die denegatio a. in diesen Stellen der exceptio (i. techn. Sinn) ausdrücklich gegenübergestellt finden, muss seinen besonderen Grund haben. Denn an eine blosse äusserliche Aufzählung jener beiden prätorischen Befugnisse gegenüber dem Kläger, nämlich entweder datio formulae (actionis) mit eingefügter exceptio oder denegatio formulae, ist m. E. nicht zu denken, ebensowenig an das Recht des Magistrates, nach seinem freien Belieben bald das eine bald das andere Prozessmittel zu wählen.

---

[1]) Ebenso Schott I S. 76f. [2]) Vgl. Schott I S. 122. [3]) sc. doli; l. 4 § 2 D. 44, 4.

Ohne Weiteres ist zuzugeben, dass für die Überleitung des Prozesses in das Judizium mittels Formel und eingefügter Exzeption insofern keine Beschränkungen bestehen, als der Prätor auch dann die Formel mit Exzeption zu gewähren berechtigt ist, wenn eine denegatio a. mit Fug und Recht am Platze wäre, wofern nur diejenigen Voraussetzungen vorliegen, deren Vorhandensein für das ius dicere überhaupt nötig ist und deren Untersuchung daher regelmässig bereits im Jus stattfindet. Nicht dasselbe gilt vice versa für die denegatio a. Denn nicht in allen Fällen, wo eine Formel und Exzeptio zulässig ist, kann auch denegiert werden, selbst wenn die sogenannten Prozess- und prozessualen Klagvoraussetzungen gegeben sind. Zum Erlass der denegatio a. ist die Liquidität des Sachverhaltes erforderlich. Die Formel aber setzt ihrer Bestimmung gemäss einen unerledigten, verwickelten, illiquiden Rechtsstreit voraus, während sie natürlich auch bei Liquidität zulässig ist. Mit anderen Worten heisst das: sobald lediglich materielle Gründe die Geltendmachung des Anspruchs hindern, kann der Prätor statt der denegatio a. sich stets einer Formel und Exzeptio bedienen, aber nicht umgekehrt[1]).

Schotts Behauptung[2]), dass der Beweis für das angebliche Erfordernis der Liquidität dem Quellenbestand nach „recht dürftig" genannt werden müsse, halte ich nicht für richtig. Die angegebenen Stellen führen uns doch deutlich vor Augen, dass die Liquidität eine Voraussetzung für die Anwendung des denegare a. bildet. Wenn er entgegenhält, dass ausserdem keine Stelle von einer Pflicht des Prätors zur Überweisung der Streitsache an den Judex spreche, sondern dass alle nur von der Tatsache einer solchen Überweisung sprechen, so mag das wohl auf den ersten Blick stichhaltig erscheinen. Wir sehen aber z. B. aus l. 9 § 5 D. 12, 2, dass der Sprachgebrauch bei allen Juristen und namentlich bei Ulpian sehr mannigfaltig ist. Ulpian z. B. spricht in der zitierten Stelle von einem „denegari debet actio", während er bei Erwähnung der „exceptio fraudatorum creditorum", wo es

[1]) Ebenso Savigny V § 226 S. 163 A. h: „Die actio wurde nur gegeben, wo eine Tatsache streitig war, da ausserdem der Prätor gleich unmittelbar entscheiden konnte, ohne eines Judex zu bedürfen". — A. M. Keller S. 175. 176, der z. B. in allen Fällen, wo eine exceptio im Jus bereits liquide ist, die denegatio a. für „notwendig" hält. [2]) Schott I S. 122; II S. 18.

mit demselben Recht „debere“ lauten könnte, sich mit dem einfachen Indikativ „opponitur“ begnügt. Es ist wohl überhaupt das Bestreben der römischen Juristen gewesen, dass sie vermieden, ihren Worten den Ausdruck einer Verpflichtung des Magistrats zu verleihen, vielmehr für genügend erachteten, die prätorische Rechtspflege als einfache Tatsache zu schildern, und zu diesem Zwecke auszudrücken, was in diesen und jenen Fällen unter diesen und jenen Umständen prozessual Rechtens war. So wird auch in den angegebenen Stellen nur erzählt, was in iure geschieht, wenn Liquidität z. B. über die Nichtberechtigung des Klägers obwaltet, nicht aber, was von Seiten des Prätors zu geschehen hat, wenn das Streitverhältnis wegen Liquidität in iure spruchreif ist, d. h. die Juristen stellen lediglich das prozessrechtliche Prinzip auf. Dieses verlangt zur denegatio a. Klarheit des Tatbestandes.

Dass der Prätor theoretisch gezwungen ist, sich an dieses Prinzip[1]) zu halten, ist selbstverständlich, wenn auch zugegeben werden muss, dass die praktische Durchführung wegen der Unabhängigkeit der magistratischen Stellung mit manchen Schwierigkeiten verknüpft gewesen sein mochte[2]). Auch ist nicht unmöglich, dass der Prätor selbst durch eine gleichmässige Übung diese Prozessregel geschaffen, und ein Anderer sie später als brauchbaren Grundsatz in das Edikt aufgenommen hat. — Dass wir eine ediktale Bestimmung darüber in den Digesten Justinians nicht ausdrücklich besitzen, ist leicht erklärlich. Denn die denegatio a. in ihrer alten, ehemaligen Bedeutung als ein das Jus abschliessendes magistratisches Dekret hatte zu Justinians Zeiten ihren Wert eingebüsst, zumal die Teilung des Verfahrens in Jus und Judizium infolge Ausbildung des Extraordinarprozesses allmählich in Wegfall gekommen war. Zu Justinians Zeiten bezeichnete das „actio datur“ bzw. „non datur“ nicht nur die Tätigkeit des Richters, sondern vor allem die abstrakte Rechtsregel, welche im konkreten Falle einen Anspruch mit Klagbarkeit ausstattete oder nicht. Ferner: die etwa ergehende denegatio a. als jurisdiktioneller, prozessualer Akt war nicht mehr ein blosses decretum, sondern ein Urteil, ununterscheidbar von der früheren sententia, nämlich dasjenige Urteil, durch welches der Kläger

[1]) Gegen die Aufstellung eines Prinzips Klingmüller S. 258 f.; 267.
[2] Ebenso Klingmüller S. 271.

mit seinem „Anspruch“ (im Sinne Hellwigs) abgewiesen wurde, während es im Formularverfahren statt dessen in der Sentenz hiess: der Beklagte wird freigesprochen (reus absolvitur). Das Gegenstück zur denegatio a. (im Sinne der byzantinischen Kaiser) bildete, wie früher, immer noch die Verurteilung des Beklagten (condemnatio rei).

Im Gegensatz zu dieser Ansicht negiert Schott[1]) (irrtümlich) das Erfordernis der Liquidität, indem er im Verlaufe seiner Beweisführung einwendet, dass es zahlreiche Stellen gäbe, in welchen der Prätor „c. c.“ denegieren dürfe trotz eines Tatbestandes, der erst „einer weitgehenden sachlichen Prüfung“ bedürfe, woraus doch deutlich die Erweiterung und Ausdehnung der Denegation auch auf illiquiden Sachverhalt zu schliessen sei; diese Tatsache werde von jener durch ihn bekämpften Meinung ausser acht gelassen und deshalb eben sei ihr der Vorwurf der Unrichtigkeit zu machen[2]).

Im Widerspruch mit dieser Behauptung halte ich unsere Hypothese als richtig aufrecht. Schotts Argumentation würde vielleicht richtig sein, wenn ihre Prämisse richtig wäre; denn, wenn Schott das ediktale „c. c.“ so, wie oben angegeben, deuten will, dann ist nicht mehr unbestritten, was „c. c.“ in diesem Zusammenhange eigentlich bedeutet. Jedenfalls bestreite ich, rein negativ in der Beweisführung vorgehend, dass darunter eine „weitgehende sachliche Untersuchung“ zu verstehen sei und zwar aus dem Grunde, weil der Prätor gemäss dem im römischen Zivilprozesse geltenden Parteibetrieb und Verhandlungsprinzip grundsätzlich an das Parteivorbringen gebunden war[3]), und dass ihm höchstens eine mit einem mehr oder weniger weitgehenden Fragerecht verbundene, summarische Untersuchung gestattet war[4]). Es konnte zwar zu Verhandlungen zwischen Kläger und Beklagtem kommen, zu den sogenannten interrogationes in iure, und vollends in ausgedehntem Masse, je mehr sich der Prozess seiner Formulierung, der Litiskontestation, näherte. Aber diese Erörterungen mussten zur Klarstellung, zur juristischen Offenkundigkeit der vorgebrachten Tatsachen führen, damit der Prätor

[1]) Schott I S. 118ff. [2]) Schott I S. 123. 124. [3]) Schott I S. 38. 39. [4]) Derartige summarische Untersuchungen in iure sind in Rom sicher nicht selten gewesen (cf. l. 9 § 6 D. 11, 1; l. 1 § 9 D. 46, 5); vgl. Keller A. 1051 (S. 438).

sein „denegatur actio“ aussprechen konnte und durfte. Eine solche Klarstellung war unter anderem möglich durch Judikat (vgl. z. B. l. 4 D. 37, 10), confessio in iure und was ihr gleichsteht, ferner durch iusiurandum in iure oder dadurch, dass der Magistrat selbst auf Grund des Parteivorbringens die Gewissheit und Überzeugung gewann, dass der „Anspruch“ (im prozess. Sinn) des Klägers berechtigt oder unberechtigt war. Es konnten dem Prätor die zur Klarstellung führenden Umstände auch ex alio quodam negotio casuve aliquo (cf. Gell. N. A. 14, 2 § 14) bekannt sein. Er durfte auch eine kurze Beweiserhebung stattfinden lassen und zu diesem Zweck einen gerade anwesenden oder nicht zu entfernt weilenden Zeugen hinzuziehen und vernehmen, sich von der Wahrheit einer Behauptung durch Augenschein überführen usw. Dies alles aber mit der Beschränkung, dass solche Massnahmen des Prätors nur von geringer Ausdehnung und Zeitdauer sein durften, und dass sie ihm die Liquidität alsbald verschafften. War eine rechtlich relevante Tatsache sonst noch bestritten, d. h. nicht liquid, so musste es, soweit es sich um das iudicium legitimum, von dem hier allein die Rede ist, handelte, jedesmal zum iudicium ipsum kommen[1]). Dafür spricht auch: „si ambigitur . . ., exceptioni locus est“, (l. 9 pr. D. 12, 2).

Dabei erhebt sich nun die Frage, wieweit der Prätor eigentlich in der Prüfung materiellrechtlicher Dinge zu gehen berechtigt gewesen ist, um insbesondere erst zur Liquidät zu gelangen. Eine bestimmte Antwort wird sich darauf wohl niemals geben lassen. Schott[2]) geht bei seinem Versuch, das Prinzip zu ergründen, von dem Satz aus: „ad officium praetoris pertinet lites deminuere“ (l. 21 D. 12, 1) und findet darin den Massstab. Die Unhaltbarkeit dieses Gedankens hat Schutz[3]) bereits überzeugend nachgewiesen. Das von Schutz[4]) an die Stelle gesetzte „Prinzip“ erscheint brauchbar. Es besagt nämlich: „Bevor der Prätor die actio gibt, prüft er neben den Prozessvoraussetzungen, ob nach dem behaupteten Tatbestand ein Anspruch vorliegt, der zu der begehrten actio berechtigt. Deshalb gehört diese Prüfung in das Verfahren in iure und gibt uns den Massstab für das sachliche

---

[1]) Ebenso (merkwürdigerweise) auch Schott II S. 39. 40 (S. o. S. 27 A. 6). [2]) Schott I S. 138ff. [3]) Schutz S. 37ff. [4]) Schutz S. 39. 40.

Kognitionsrecht des Prätors“[1]). Das bedeutet nichts anderes, als dass die Grenze eine schwimmende, unbestimmte ist, und dass die materiellrechtliche Kognition von den tatsächlichen Verhältnissen ihren Umfang empfängt, wobei die Arbeitsfähigkeit des Magistrats eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt[2]).

Wollte man die prätorische Denegationsbefugnis auch auf die Fälle ungeklärten Sachverhaltes ausdehnen[3]), so würde man das Formularverfahren dem Kognitionenverfahren fast gleichsetzen, was nach Schotts Meinung[4]) doch gerade von der Hand zu weisen ist. Der Prätor würde stets die Möglichkeit gehabt haben, in der Sache selbst zu entscheiden, abgesehen davon, dass er unter solchen Umständen sein ius denegandi dazu missbrauchen konnte, den Parteien die amtliche Kognition geradezu „aufzudrängen“[5]). Für den Judex wäre schliesslich kaum etwas von richterlicher Tätigkeit übrig geblieben. Nicht einmal seines hauptsächlichen Amtes, das in der Verkündung der sententia bestand, hätte er zu walten gehabt. Denn soweit kam der Rechtsstreit erst garnicht. Das würde das Verhältnis des Jus zum Judizium, wie wir es jetzt zu sehen gewohnt sind, gerade umkehren. Ausserdem widerspricht eine solche Ordnung der geschichtlichen Entwickelung des römischen Zivilprozesses. Stets, im Legisaktionen- wie im Formularverfahren, war es Absicht der Römer, die eigentliche Untersuchung und Entscheidung des Rechtsstreits, sobald es sich um die Feststellung komplizierter und umfangreicher streitiger Fragen handelte, dem mit dem freien Imperium ausgestatteten Jurisdiktionsmagistrate durch Einführung eines zweiten Prozess-

[1]) Nicht zutreffend ist es übrigens, wenn Schutz in der Zusammenfassung der Ergebnisse (S. 40) sagt: „. . . Der Prätor prüft, bevor er die actio erteilt, ob ein . . Anspruch vorliegt und zu der verlangten actio berechtigt. Ergibt sich bei dieser Prüfung, dass der Anspruch materiell unbegründet ist, so verweigert der Prätor die actio sofort, sodass es nicht zum Prozess kommt . . .“ — denn es gibt Denegationsfälle, wo der Anspruch materiell begründet ist, und gleichwohl die actio versagt wird, z. B. bei Anerkenntnis, Zahlungsangebot, Verweigerung der Kaution usw., wo also die actio z. T. aus prozessualen Anlässen zurückgewiesen wird (S. u. Abschn. C. VII. 2).
[2]) Unzutreffend Helmolt (S. 67. 68) und Schutz (S. 39. 40), die den Prätor auf dasjenige in seiner Kognition beschränken wollen, was die Parteien spontan vorbringen. [3]) So Schott I S. 118ff. [4]) Schott I S. 14. 126.
[5]) Wlassak II S. 345.

stadiums, des Judiziums, für gewöhnlich zu verwehren und dem unparteiischen[1]) Privatmann anzuvertrauen, der seinen Amtseid dahin leistete, nach bestem Wissen und Gewissen seinen Wahrspruch über das individuelle Rechtsverhältnis abgeben zu wollen.

Wenn Schott ausführt: „Dass der Prätor im Falle des Bestrittenseins im Interesse seiner Entlastung die Sache möglichst rasch auf die Schultern des Judex ablud, kann und soll ja nicht in Zweifel gezogen werden. Bestritten soll nur werden, dass er in solchen Fällen gar kein Recht zur eigenen causae cognitio gehabt habe“[2]), und weiter: „Materielle Prüfung der Notwendigkeit einzelner Zusätze zur Formel, z. B. Anhörung eines gemeinsamen, mitgebrachten Zeugen, Vorlegung einer Urkunde, wird häufig gleich die ganze Sachlage geklärt und zur Denegation geführt haben“[3]), so liegt darin ein Zugeständnis gegenüber der im Text verfochtenen Ansicht und eine Abweichung von der von ihm an anderer Stelle aufgestellten Meinung[4]). — Ein Recht zur causae cognitio macht dem Prätor so gut wie niemand streitig. Im Gegenteil, man wird sie von einem tüchtigen, gewissenhaften Richter-Magistrate stets verlangen. Damit ist aber noch nicht das gemeint, was Schott unter causae cognitio versteht, nämlich eingehende Untersuchungen (S. u. S. 69f.).

Wenn aber „causae cognitio“ nicht „eingehende Sachuntersuchungen“ begreift, dann darf man sich unter den der prätorischen cognitio unterliegenden und von ihm c. c. erledigten Fällen allzu komplizierte Rechtsstreitigkeiten nicht vorstellen, vielmehr nur solche, welche nach kurzer Verhandlung liquide, spruchreif werden.

Wieviel dehnbarer und unbefriedigender ist die Ansicht Schotts im Vergleich mit jener alten, fast allgemein anerkannten Auffassung, dass zwischen Jus und Judizium die Frage, ob liquid oder nicht, entscheidet, und dass bei Bestrittensein und Ungewissheit der Sachlage die eigentliche Geschworenentätigkeit beginnt. Das sieht man z. B. auch aus dem Wesen des agere per sponsionem. Erforderte ein einzelner präjudizieller Punkt in dem

---

[1]) Wlassak II S. 341. [2]) Schott I S. 122. [3]) Schott II S. 39. [4]) Vgl. über das „Können“ und „Sollen“ des Prätors auch an dieser Stelle die trefflichen Darlegungen von Bekker Z. 24 (37) S. 350ff. gegen Schott I S. 124; II S. 21ff.

sonst liquiden Tatbestand noch eine eingehende Untersuchung, so nahm der Prätor in aller Regel die Hilfe des Judex in Anspruch und gelangte so vielleicht zu einer Klärung der Sach- und Rechtslage, mochte es immerhin nur geschehen, um sich zwecks Abfassung der Formel zu salvieren, während der Prätor im umgekehrten Falle zur datio actionis (formulae) schreiten musste. Dass es daneben Dinge gab, die vom Prätor im Jus selbst bei Illiquidität, sei es ausschliesslich (s. o. S. 36f.) oder grundsätzlich untersucht und entschieden wurden, das ist schon mehrfach betont worden und entspricht dem Jus als Einleitungs- und Vorbereitungsverfahren, widerspricht auch nicht dem Zweck des „iudicium ipsum". Regelmässig unterlagen, wie wir früher sahen, einer prätorischen Prüfung diejenigen Umstände, welche vorhanden sein mussten, damit der Kläger entweder zum Klagevortrage überhaupt zugelassen wurde oder damit er mit seinem Rechtsschutzanspruch Erfolg hatte (Prozess- und prozessuale Klagvoraussetzungen). Aber auch hier wieder tritt uns das Prinzip der Liquidität entgegen, darin sich äussernd, dass bei langwierigen Untersuchungen bezüglich dieser Punkte der Prätor den Judex in Anspruch nahm.

Die somit bewiesene Ansicht über die Trennung zwischen Jus und Judizium vom Standpunkte der Liquidität aus ist nicht nur „verlockend"[1]), sondern nach den Quellen allein richtig.

Exkurs. Die Bedeutung von „causa cognita" im Edikt des Prätors. Wie bereits oben (S. 65ff.) dargelegt wurde, ist unter causae cognitio nicht eine „eingehende Sachuntersuchung" zu verstehen.

C. C. bedeutet m. E. nichts als: „nach Lage der besonderen Umstände", die dem Magistrate aus dem spontanen oder durch seine Fragen angeregten Vorbringen der Parteien bekannt und liquide geworden sind.

Betrachten wir einmal Stellen, wo „c. c." im prätorischen Edikt gebraucht und womöglich im Anschluss daran im Ediktskommentar erläutert wird[2]). Dieser Art ist z. B. l. 15 § 3 D. 47, 10 in Verbindung mit der von Ulpian in l. 15 § 43 D. eod. hin-

[1]) Schott I S. 121. [2]) Die Stellen sind der Raumersparnis halber textlich nicht zitiert.

sichtlich des „si quid aliud factum“ gegebenen Erklärung. Das heisst doch: unter gewissen vom Edikte vorgesehenen und genau abgegrenzten Voraussetzungen, nämlich für den Fall, dass der Sklave wider allen Anstand ausgepeitscht oder ohne Befehl des Herrn gefoltert worden ist, wird das Judizium unbedingt, ohne Rücksicht auf sonstige Umstände, vom Prätor gewährt[1]), wenn aus den Angaben der Parteien erhellt, dass die Bedingungen des Edikts erfüllt sind. Ob andere Tatbestände gleichfalls geeignet sind, das Verlangen des Klägers nach Anordnung des Judiziums und nach Bestrafung des Übeltäters als berechtigt erscheinen zu lassen, das behält sich der edizierende Prätor ausdrücklich zur Entscheidung vor. Er geht dabei von dem Erfahrungssatze aus, dass es als unmöglich gelten muss, die datio und denegatio a. für jeden einzelnen Tatbestand zu verheissen und festzulegen. Niemand ist in der Lage, alle Fälle des menschlichen Lebens nach den zusammentreffenden Momenten und Eventualitäten erschöpfend zu berücksichtigen und zu skizzieren, geschweige denn zu umgrenzen. Man könnte bei „c. c.“ von einer Blankettbestimmung des Edikts[2]) sprechen: der Rahmen ist zwar festgelegt, aber die Einzelheiten des jedesmaligen konkreten Falles unterliegen, soweit sie nicht dem Ediktsinhalt vollkommen entsprechen, noch der Beurteilung seitens des Magistrates[3]) [4]).

Eine ähnliche Bewandtnis hat es mit dem ed. quod metus causa (l. 1 D. 4, 2) in Verbindung mit Ulpian l. 14 § 1 D. h. t. Ulpians Worte geben m. E. den Ediktstext wieder. Was der Gegenstand der causae cognitio, die, wie gesagt, höchstwahrscheinlich im Album mit „c. c.“ angedeutet gewesen ist, sein soll, erläutert l. 14 § 2 D. h. t. — Dass zur Erkenntnis des Fehlens einer anderen Klage eine ausführliche Sachuntersuchung, wie man sie sich vor dem Judex vorstellt, nötig gewesen wäre, ist nicht einzusehen.

[1]) Grund: l. 15 § 35 i. f. D. 47, 10. [2]) Vgl. Keller S. 163; Schott I S. 113f. [3]) Den inneren Grund, gerade für den servus die sonst bei der gewöhnlichen actio iniuriarum in Sachen eines Freien normierten Voraussetzungen zu modifizieren, gibt uns Ulpian in l. 15 § 44 D. h. t.: der Sklave verlangt, wenn er missachtet worden ist, eine andere Beurteilung als der civis Romanus. Bei ihm ist die Frage, ob eine Injurie vorliegt, d. h. sein Ehrgefühl verletzt ist, von seiner Sklavenstellung aus zu beantworten. [4]) Vgl. über das „c. c.“ auch die Ausführungen von Wlassak Ed. S. 76ff. 99ff.

Es wäre überhaupt nach meinem Dafürhalten angebracht, „eingehend" und „kurz" in Verbindung mit „Sachuntersuchung" wegen der Unbestimmtheit zu vermeiden und statt dessen das „c. c." vom Standpunkte der für die denegatio a. im Text vertretenen Ansicht, welche Liquidität verlangt, zu deuten. Unter causae cognitio versteht man eine vom Magistrat abgehaltene Untersuchung, deren Enderfolg und Eigentümlichkeit darin besteht, dass die tatsächlichen und rechtlichen Dinge in iure liquide werden.

Gleichwie mit dem ed. quod metus causa, steht es mit dem ed. ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur (l. 1 § 1 D. 4, 6) mit der Erläuterung in l. 26 § 9 D. eod.[1]).

Aber man erwäge noch folgendes Moment, das vom logischen Gesichtspunkte aus zu der im Texte vertretenen Meinung führt. Schott gibt selbst zu[2]), dass die jurisdiktionelle Arbeitsleistung des Prätors eine zwar nicht unmöglich zu bewältigende, aber doch sicherlich immense gewesen ist, sodass man sehr wohl von einer Überlastung des Gerichtsmagistrates sprechen darf. Der immer mehr zunehmenden Überlastung wurde in der späteren Entwicklungsgeschichte des römischen Zivilprozesses durch die Zweiteilung des Verfahrens und durch Übertragung schwieriger Fälle auf den Geschworenen im Wesentlichen abgeholfen[3]). Würde man nun „c. c." mit weitgehender Sachuntersuchung identifizieren, so würde dem Prätor die Bewältigung seiner Prozesstätigkeit un-

---

[1]) Bethmann-Hollweg (II § 122), der die „cognitio praetoria" für das Formularverfahren ebenso deutet, begründet seine Auffassung etwa folgendermassen: „Cognitio praetoris bezeichnet den Fall, da die Gerichtsobrigkeit über die tatsächlichen und rechtlichen Bedingungen einer Rechtssache (causa), weshalb man von causae cognitio oder causa cognita spricht, in förmlicher Gerichtssitzung vor sich (pro tribunali) die Parteien verhandeln lässt. Dafür sprechen l. 2 §§ 1. 2 D. 38, 15 und l. 2 D. 42, 1 (vgl. auch noch l. 47 pr. D. 42, 1; l. 3 C. 9, 41; Paul. sent. V 5a §§ 6. 7). Nach gewonnener Überzeugung spricht er dann das Urteil selbst in der Form eines Dekretes, das im Falle der Nichtberechtigung des Klägers die Gestalt des denegare a. hat (l. 2 § 1 D. 38, 15; l. 9 § 1 D. 1, 16)." — Es ist ersichtlich, dass auch Bethmann-Hollweg unter der causae cognitio keineswegs eingehende Untersuchungen versteht. Auf diesem Standpunkt steht auch die wohl herrschende Meinung (S. u. S. 75 A. 3 u. zit. Lit.). [2]) Schott I S. 122; II S. 38ff. [3]) Vgl. Krüger § 3.

möglich gewesen sein. Ausserdem wäre damit der alte leidige Zustand wieder eingeführt worden, und der Prätor hätte doch allein die Streitsachen, infolge Überlastung mit Prozessen, nicht erledigen können[1]). Die Ernennung eines besonderen Privatrichters wäre also in dieser Hinsicht illusorisch gewesen. Dazu kommt noch, dass der Prätor, versprach er einmal in seinem Edikte das „c. c. iudicium dabo", gemäss der lex Cornelia verpflichtet war, auch wirklich „eingehend" zu untersuchen; sonst musste er wohl eine Anklage wegen iustitia denegata vel protracta riskieren. Nun wusste aber der Prätor, dass er zu weitgehenden Beweiserhebungen und, was damit zusammenhängt, nicht die Zeit hatte. Wollen wir ihn für so töricht halten, dass er sich durch eine derartige Ediktsverheissung, deren Ausführung in aller Regel für ihn nahezu unmöglich, aber verbindlich ist, gleichsam selbst den Strick drehte? — Und, abgesehen davon: wozu etwas versprechen, wenn es nur in den seltensten Fällen in die Wirklichkeit umgesetzt zu werden vermag, daher, man kann sagen, so gut wie unerreichbar ist? Eine solche ediktale Ankündigung mit solcher Aussicht wäre nicht nur zwecklos, sondern auch unsinnig gewesen. Versteht man dagegen unter „c. c." nicht eine eingehende, unbegrenzt ausdehnbare Sachuntersuchung, die unter Umständen doch nicht zur Klarstellung führt, so hat das „c. c." einen vernünftigen Sinn. Nicht ganz zutreffend ist es daher, wenn Klingmüller sagt[2]): „Sicherlich war das Verfahren in iure in der Mehrzahl der Fälle ziemlich kurz und summarisch; denn die meisten actiones sind actiones passim indulgendae; eingehender dagegen die Untersuchung bei den actiones, deren Erteilung nur „c. c." erfolgte", und zwar deshalb, weil selbst in denjenigen Fällen, wo das „c. c." sich im Edikt vorfindet, nur eine kurze, summarische Untersuchung denkbar ist. Richtig ist hinwiederum die Schilderung des Ganges der Verhandlung in iure von Klingmüller, wenn er ausführt[3]): „Regelmässig wird die Ausübung gerade des Denegationsrechts durch Einwendungen des Beklagten ausgelöst worden sein, da der Vortrag des Klägers schon mit einer der bestehenden actiones übereingestimmt und erst der Beklagte — wie noch heute — den

[1]) Vgl. auch Bekker Z. 24 (37) S. 358. 359; 30 (43) S. 29. [2]) Klingmüller S. 271. [3]) Klingmüller S. 272.

genaueren Sachverhalt angegeben haben wird. Die Einwendungen des Beklagten aber werden sich — auch nicht anders wie im heutigen Prozess — bezogen haben entweder negativ auf das Leugnen des Klagegrundes oder positiv auf Geltendmachung von Exzeptionstatsachen. Der Prätor aber wird sein Denegationsrecht aus einem der erwähnten Gründe immer dann angewandt haben, wenn ihm der Rechtsstreit schon zur Entscheidung reif schien."

Um zu den Erörterungen auf S. 69 über das Erfordernis der Liquidität zurückzukehren: wenn Schott gelegentlich der Rechtfertigung seiner Ansicht fragt[1]): „Wie steht es, wenn die Parteien nicht um Tatfragen, sondern um Rechtsauslegungen streiten? Müssen sie sich dann mit der juristischen Ansicht des Prätors begnügen oder haben sie dann auch ein Recht auf das Urteil des Volksmundes des Judex?", und wenn er fortfährt: „Man wird, wenn auch vielleicht ungern, sich für ersteres entscheiden", — so widerlegt dies nicht unsere Behauptung, dass zum rechtmässigen denegare a. Liquidität erforderlich war. Gewiss mussten sich die Parteien auf die juristische Meinung des Prätors verlassen, aber nicht etwa, weil der Prätor, im Gegensatze zum Judex, dem Laienrichter, meist ein Jurist war[2]) und diesem vernünftigerweise Rechtsauslegungen übertragen zu werden pflegen. War doch der Judex, als Vertrauensmann beider Teile, in Rechtsdingen vielfach erfahrener als ein Magistrat, der in alter Zeit, insbesondere am Ende der Republik (Verres!), den Parteiumtrieben, in der Kaiserzeit der Gunst des Prinzeps seine Stellung gar oft zu verdanken hatte, wie denn die Rechtskenntnis des Judex schon daraus erhellt, dass ihm die schwierigsten, auch zum Teil langdauerndsten Sachuntersuchungen übertragen zu werden pflegten[3]). Ausserdem fällt der Gegensatz von „Laienrichter" und „Beamten" durchaus nicht mit dem des juristisch Vorgebildeten und minder oder garnicht Rechtskundigen zusammen[4]). Vielmehr mussten die Parteien die Rechtsauffassung des Prätors im konkreten Falle hinnehmen, weil es undenkbar ist, der Prätor hätte, um sich über die eventuelle

---

[1]) Schott I S. 121. [2]) Vgl. Ihering II 2 S. 412f; Schott II S. 34ff.
[3]) So auch Schott I S. 118. 119. [4]) Vgl. Ihering a. O. S. 411ff.; Bekker II S. 145ff.; Z. 24 (37) S. 371 A. 1; Sohm S. 268 A. 6; Wlassak II S. 215.

Ausfertigung der Formel nach ihrer rein juristischen Seite hin zu vergewissern, die Entscheidung dieser Fragen dem Judex überlassen. Dies hätte höchstens mittels praescriptio, exceptio oder sponsio praeiudicialis geschehen können. Ein derartiges Verfahren widerspricht jedoch der Stellung des Prätors im Rechtsleben; er war es, der Edikte schuf und verkündete, Prozessformeln erfand und proponierte und sonst auf dem Gebiete der Rechtsschöpfung und -gestaltung eine so glänzende Begabung bewies. Und damit ist unvereinbar, der Prätor hätte den Judex um Rechtsauskunft gebeten und zu diesem Zwecke die Parteien an ihn als den Rechtskundigen gewiesen mittels Gewährung der Formel. — Nicht wegen Rechtsunkenntnis nahm der Prätor den Geschworenen in Anspruch, sondern wegen anderer Gründe, vor allem wegen seiner Überlastung mit Prozessen.

Auch hier wieder spielt die „Liquidität" eine Rolle, wenn man bei Rechtsauslegungen überhaupt diesen Ausdruck gebrauchen darf. Denn der Begriff der „Liquidität" bezieht sich nach meinem Dafürhalten nicht, wie Schott meint, auf Rechtsfragen, sondern auf Tatfragen, und insofern erledigt sich die Antwort auf Schotts Frage eigentlich von selbst. Auf Grund der von den Parteien vorgetragenen Tatsachen durfte der Magistrat in seiner Weise und mit seiner Verantwortung an jede Rechtsauslegung herantreten. War er zweifelhaft und gewissenhaft, so wird er gewiss Rechtsgelehrte und die juristische Literatur, auch wohl den Judex zu Rate gezogen haben, aber nicht in seiner amtlichen Stellung als Jurisdiktionsmagistrat, also nicht im Prozess, in Gegenwart der Parteien, sondern privatim[1]). Dann handelte es sich wohl immer nur um einen „formell unverbindlichen Rechtsrat". In Gegenwart der Parteien entschied der Prätor über Rechtsfragen allein, ohne Judex[2]).

Wenn Schott weiter meint[3]): „Wie steht es dann, wenn der Prätor der Feststellung einer streitigen Tatsache bedarf, nicht, um zu einer definitiven Entscheidung, sondern lediglich, um überhaupt zu der Sicherheit zu gelangen, um welches Rechtsverhältnis, um welche actio es sich handele? Mit einer einfachen

[1]) Vgl. hierüber Mommsen I S. 310 A. 1; Pernice Z. 14 (27) S. 143 A. 4; S. 147; Wlassak Ed. S. 120f.; Kipp Quellen S. 112, bes. A. 9—11.
[2]) Ebenso Schott I S. 140 A. 12. [3]) Schott I S. 121.

Verweisung auf die Inserierung einer Exzeptio kommt man doch hier in praxi nicht aus", so ist darauf zu erwidern, dass es neben der Formelexzeptio noch das Allerweltsmittel der sponsio praeiudicialis gab[1]).

Die Ansicht Schotts wird auch nicht durch die von ihm zitierten[2]) Quellenstellen (l. 97 § 2 D. 45, 1; l. 22 § 6 D. 24, 3; l. 20 § 1 D. 38, 2; l. 14 § 1 D. 9, 4; l. 3 § 13 D. 29, 5; l. 3 pr. D. 11, 6; l 3 pr. D. 47, 6) gestützt. Sie scheitert an der irrigen Auffassung des c. c. Gewiss, „lediglich auf Grund der Parteivorträge" wird der Prätor in diesen Stellen die Sachlage nur höchst selten überschauen können; aber auf Grund einer summarischen Kognition wird er zu der von Schott betonten Sicherheit darüber gelangen, was für ein Rechtsverhältnis in ius deduziert ist. Dass der Prätor zwecks Aufklärung sogar Zeugen hören kann, ist schon erwähnt worden. Dies alles muss aber zum „liquido apparere" führen[3]).

Dabei erwacht allerdings ein Bedenken. Wenn wir nämlich die datio a. in Verbindung mit einer in die Formel eingefügten exceptio einerseits, die denegatio a. anderseits mit einander vergleichen, dann war der Kläger bei liquidem Unrecht besser daran als bei verborgenem Unrecht. — Ich darf antizipieren, dass die denegatio a. keine Klagenkonsumtion bewirkt, da diese im Formularverfahren allein der Litiskontestation vorbehalten ist, und eine Streitbefestigung im Denegationsfalle nicht zustande kommt. Erfolgt denegatio a., so tritt keine Konsumtion ein. Kommt dagegen der Prozess wegen Bestrittenheit mittels Exzeptio in das Judizium, so ist bei Abweisung des Klägers das Klagrecht konsumiert.

Das mag indifferent erscheinen, wenn die Nichtexistenz des klägerischen Anspruchs gerade durch iusiurandum in iure

---

[1]) Über die vielseitige Verwendung der sponsio praeiudicialis vgl. Ihering II 1 S. 86 (A. 84e.); Bekker II c. 15 S. 20f.; Rudorff II § 28; Keller S. 126ff. [2]) Schott I S. 122. 123. [3]) So auch die h. M.; vgl. Keller S. 257. 258; Helmolt S. 68f.; Krüger § 3; Schultze § 20; Hellwig I S. 9 A. 3 (a.); Kleinschrod S. 82ff.; Albrecht S. 17. 18; Rudorff § 70; Savigny V S. 163 (A. h.); VI S. 286f.; Bülow S. 268; Schlesinger (Lit. S. 5 A. 1) S. 890. 892. 898. 903f.; Wach I S. 26f. („ohne Streit kein Judizium"); Bekker II S. 20f.; Z. 24 (37) S. 346; Klingmüller S. 272 (anders S. 268); Gradenwitz Volksspruch S. 396; A. M. Schott I S. 118ff. (richtig S. 136).

dargetan ward. Aber man stelle sich andere Hindernisse vor, die eben dieser Prätor beachten wollte, während sein Amtsfolger ihnen vielleicht keine Relevanz zuschrieb. Hier war es Aufgabe der Rechtsbeistände, zu verhüten, dass die Sachen ihrer Klienten mittels Formel und inserierter Exzeptio im Judizium zum Scheitern gebracht wurden, während sie die Sachen ruhig der Möglichkeit einer einmaligen Denegation in iure aussetzen mochten[1]). — Die Inkonsequenz ist auch nur scheinbar. Sie trifft nicht nur den Kläger, sondern auch den Beklagten; ja, ich meine, den Beklagten noch mehr als den Kläger. Denn, wenngleich die Nichtberechtigung des Klägers auf der Hand lag, und demgemäss die Aktio denegiert wurde, hatte der Beklagte keine Sicherheit für die Zukunft vor einer abermaligen Ladung und Klage. Er konnte in der Folge jederzeit wegen desselben Anspruchs immer wieder in Jus voziert werden, ohne dass ihm ein Mittel zur Verfügung stand, dem Erscheinungs- und Verteidigungszwange und den damit im Weigerungsfalle verbundenen Gefahren zu entgehen. Die denegatio a. war von diesem Betrachtungspunkt aus eine Härte für den Beklagten, die ihm im Interesse einer beschleunigten Rechtspflege auferlegt war[2]).

Es sei noch Folgendes erwähnt, wodurch die Bedenken vollends zerstreut werden. Will der die Inserierung der exceptio in die Formel fürchtende Kläger vor allem der Möglichkeit der Konsumtion aus dem Wege gehen, so kann er, wie Bekker richtig hervorhebt[3]), die Annahme der Formel in dieser Gestalt, — mit inserierter exceptio —, verweigern. Damit war die nicht konsumierende denegatio a. ohne Einsetzung eines iudicium erzwungen[4]). Der Kläger konnte demnach, wenn er seine Wünsche in iure nicht erfüllt sah, auf die Fortsetzung des Prozesses ver-

---

[1]) Vgl. Bekker I S. 270f. [2]) S. u. S. 81. [3]) Bekker Z. 27 (40) S. 12. [4]) l. 112 D. 50, 17: „Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur" scheint dagegen zu sprechen. Abgesehen aber davon, dass der Satz keine „allgemein gültige Regel" enthält (Bekker S. 12), hat Paulus in der Stelle an die Konsumtionswirkungen wie an das rein Prozessual-Technische offenbar garnicht gedacht. Sein Gedanke war der: ob ich keine actio habe oder eine actio, die jederzeit durch eine exceptio wirkungslos gemacht wird (infirmatur), das bleibt sich im Endergebnis gleich. In beiden Fällen erreiche ich nichts.

zichten. Wie die Verabschiedung der Parteien in solchem Fall geschah, ob insbesondere zur Verabschiedung stets die denegatio a. erforderlich war, muss hier unerörtert bleiben[1]).

b)[2]) Ausser der Beschränkung der denegatio a. auf die Liquidität des Streitverhältnisses gibt es noch eine weitere Einschränkung der prätorischen Denegationsbefugnis.

War die Klage so gestellt, dass rechtliche Bedenken gegen das denegare a. durchaus nicht vorhanden waren, so war der Prätor sicherlich berechtigt, von seiner Denegationsbefugnis ohne weiteres Gebrauch zu machen. Das war um so weniger zu beanstanden, als dieses prätorische Dekret nicht die Bedeutung der sententia iudicis hatte. Dass er zur Denegierung unter solchen Verhältnissen unbedingt auch verpflichtet war, soll daraus nicht geschlossen werden[3]). Anderseits erfuhr aber das Denegationsrecht die soeben erwähnte Einschränkung: es durften sich „rechtliche Bedenken" gegen das denegare a. nicht erheben. Wenn der Prätor hierbei irgendwie zweifelhaft war, dann durfte er den Kläger nicht sofort abweisen. Er musste vielmehr den Beklagten hören, ob er vielleicht seinerseits etwas auszuführen hatte. So berichtet uns z. B. l. 22 D. 5, 1:

Qui non cogitur in aliquo loco iudicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones et ad eundem iudicem mitti.

Ist der Anspruch des Klägers offenbar unbegründet, so darf der Prätor die Klage nicht unter allen Umständen sogleich denegieren. Man stelle sich vor, der Beklagte möchte bei demselben Gericht und zur selben Stunde vielleicht eine Widerklage erheben gegen den eigentlich abzuweisenden Kläger, den er sonst an diesem Forum wegen einer ihm zustehenden praescriptio (exceptio) fori[4]) nicht verklagen darf (non cogitur in aliquo loco iudicium pati). Dadurch spart der Beklagte Zeit, Mühe und das Risiko, seinen Schuldner, den Kläger und Widerbeklagten, der so wie so schon ein unsicherer Kantonist ist, vor einem örtlich unzuständigen Gericht in ius zu vozieren und eventuell wegen pluspetitio (loco) seinen Anspruch zu verlieren (causa cadere). Der Beklagte musste daher gehört werden, bevor die Parteien unter denegatio a. entlassen wurden.

[1]) Bekker S. 17. [2]) Abschn. a) S. o. S. 57. [3]) S. u. Abschn. C. XI. [4]) S. o. S. 7. 8.

Dass die Römer in dergleichen Dingen einige Vorsicht empfahlen, geht aus Gell. N. A. 14, 2 §§ 14—16 hervor[1]).

II. Äussere Form der denegatio actionis.

Das ius dationis (im weiteren Sinn) umfasst das ius dationis (im engeren Sinn) und das ius non dationis (denegationis). Die diesen beiden Befugnissen entsprechenden prätorischen Handlungen unterscheiden sich in der Form dadurch voneinander, dass die datio actionis schriftlich, durch Hingabe (Diktat) einer Urkunde, geschieht, die denegatio a., ihr Gegenstück, aber, wie sicher anzunehmen ist, formlos mündlich ausgesprochen wird. Die Quellen enthalten über die denegatio a. hinsichtlich ihrer Form nichts[2]). Doch ist es natürlich, dass die denegatio a. formlos geschah. Das ergibt sich schon aus dem Zweck, dem die datio a. und die denegatio a. dienten. Die datio a. war das Vorspiel zu einem weiteren Verfahren. Sie musste formell-schriftlich erfolgen; denn der Judex sollte von dem, was in iure vorgegangen war, worum sich der Streit drehte, welche Punkte apud praetorem liquide gestellt waren, wie er die Untersuchung zu führen und wie er je nach Ausfall der bedingenden Tatsachen zu entscheiden hatte, unterrichtet werden. Die denegatio a. war eine das ganze Verfahren abschneidende Entscheidung; hier bedurfte es keiner Instruktion.

III. Rechtskraft und Klagenkonsumtion.

Die denegatio a. ist als prätorisches Dekret der Rechtskraft nicht fähig. Sie schafft keine res iudicata inter partes und wirkt

[1]) Vgl. darüber und über Widerklagen im römischen Zivilprozess klassischer Zeit: Helmolt S. 74 A. 3; Ihering III 1 S. 49f.; Keller S. 295. 296 (A. 693); S. 296. 297; Savigny VI S. 330ff. und die in A. c. (S. 330) zit. Lit. [2]) Wohl zu scheiden vom schriftlichen Erlass der denegatio a. ist die schon früh gebräuchliche „Protokollierung". Der Berliner Papyrus Griech. Urk. I Nr. 114 enthält ein „protokolliertes" denegare a.: Νοοῦμεν ὅτι αἱ παρακαταθῆκαι προῖκές εἰσιν. Ἐκ τῶν τοιούτων αἰτιῶν κριτὴν οὐ δίδωμι. Οὐ γὰρ ἔξεστιν στρατιώτην γαμεῖν. Εἰ δὲ προῖκα ἀπαιτεῖς, κριτὴν δίδωμι, δόξω πεπεῖσθαι νόμιμον εἶναι τὸν γάμον. [5. Jan. 117.] — Vgl. Schott I S. 22 A. 12. — Darüber, dass wenigstens die magistratischen Dekrete schon früh in iure protokolliert worden sind (vgl. Cic. in Verr. act. sec. I 46 s. Keller S. 259. — Über die Schriftlichkeit der Litiskontestation, der formula etc. s. Bekker Z. 27 (40) S. 37—39 u. zit. Lit.; Schutz S. 13.

nicht für die Zukunft. Auch fehlt in den Quellen jeglicher Anhalt für die Annahme der Rechtskraftfähigkeit[1]).

Bekker rügt es[2]), mit der denegatio a. den Begriff „Rechtskraft" zu verbinden, da es ganz undenkbar sei, dass eine denegatio a. Rechtskraft im modernen Sinne gehabt hätte. Höchstens könnten konsumierende Wirkungen möglich scheinen; doch Konsumtion und Rechtskraft seien sicherlich weit auseinanderliegende Dinge.

Bekker hat hier m. E. Unrecht. Wie Schott[3]) richtig gegen ihn einwendet, ist die „Rechtskraft" in der modernen Prozesswissenschaft nicht bloss ein naturrechtlich konstruiertes Institut, sondern sie ist mehr. Sie ist auch ein allgemeiner wissenschaftlicher Begriff, der über die Eigenschaften einer Entscheidung etwas aussagt, ein Begriff gerade so, wie formell-rechtlich z. B. Urteil oder auf zivilrechtlichem Gebiete dingliches oder obligatorisches Recht, Eigentum, Pfandrecht usw. allgemeine Begriffe sind, die man auch dann nicht für naturrechtlich erklären wird, wenn irgend ein sonstiges Recht den einen oder anderen nicht haben sollte. Sprechen wir nun davon, eine Entscheidung vermag nicht rechtskräftig zu werden, so wollen wir damit andeuten, dass alle diejenigen Wirkungen, welche unsere Vorstellung mit dem Begriff der Rechtskraft verknüpft, einer gerichtlichen Entscheidung nicht zukommen.

Die Befürchtung Bekkers, dass die ganze Prozesswissenschaft sich auf einer schiefen Ebene bewege, die über lang oder kurz wieder „zu der naturrechtlichen Doktrin" zurückführen muss, ist, meine ich, übertrieben und nicht zu teilen; und wenn Bekker

[1]) Ebenso Schott I S. 127; Klingmüller S. 272. — A. M. in gewisser Hinsicht: Savigny VI S. 286f., bes. A. c. (a. E.): „Wenn der Prätor die Klage sogleich abschlug, welches durch blosses Dekret geschah, so konnte wenigstens der Name Rechtskraft nicht wohl angewendet werden. Indessen mag man doch irgend eine Form gefunden haben, um auch diesem abweisenden Dekrete die Rechtskraft zu sichern." [2]) Bekker Z. 24 (37) S. 374. [3]) Schott I S. 127. II S. 7ff. — Im Zusammenhange mit der denegatio a. sprechen von „Rechtskraft" auch Sohm S. 333 (A. 2); Bethmann-Hollweg II § 122 A. 123. 124; Ihering II 1 S. 87 A. 88a; Keller §§ 72. 73; Savigny a. O.; Klingmüller a. O.; Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozess (München 1909) S. 158 A. 1 u. zit. Lit.; Gradenwitz Volksspruch S. 407. 408.

glaubt, dass das Lebensbedürfnis, das bei uns die gesetzliche Regelung der Rechtskraft geschaffen hat, bei den Römern durch die prozessuale Konsumtion befriedigt worden ist (ein Gedanke, der nahe liegt!), so ist auch dies nicht richtig. Einmal hatten auch die Römer ein Interesse am Vorhandensein der Rechtskraftmöglichkeit; denn „sie waren Menschen wie wir und vor allem keine idealeren Menschen". Und weiterhin sind Konsumtion und Rechtskraft sicherlich nicht „weit auseinanderliegende Dinge", sondern stehen im engen Zusammenhange mit einander, indem Rechtskraft der weitere, Konsumtion der engere Begriff ist, und die Konsumtion ein Mittel bildet, um die Rechtskraft hervorzurufen. Ist nämlich eine Entscheidung rechtskräftig, dann ist auch Konsumtion eingetreten. Dies ist wohl unbestreitbar. Es kann aber nicht in allen den Fällen, wo Konsumtion eingetreten ist, auch von „Rechtskraft" gesprochen werden[1]).

Wegen mangelnder Konsumtion steht es dem abgewiesenen Kläger frei, apud eundem vel apud sequentem praetorem (cf. l. 26 6 D. 4, 6) trotz denegatio a. von neuem über denselben „Anspruch" (im prozess. Sinn) zu agieren. An den ganzen Vorgang knüpfen sich keine erheblichen weiteren Rechtsfolgen[2]). Nur durfte nicht inzwischen die Klagenverjährung eingetreten sein, was bei den honorarischen Klagen, die in sechs, bzw. zwölf Monaten a die, quo primum experiundi erat potestas, versagten, nicht selten gewesen sein mag. Der Kläger brauchte trotz des agere de eadem re die exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae mit ihren Wirkungen nicht zu befürchten. Sache des Beklagten war es dann, die schon einmal verfügte denegatio a. der erneuten Klageerhebung gegenüber geltend zu machen[3]). Dies konnte den Magistrat in der Bildung seiner Meinung wohl beeinflussen und ihn veranlassen, den zum zweiten Male erhobenen Anspruch auf seine Rechtsbeständigkeit und die Form seiner prozessualen Geltendmachung hin erst recht genau zu prüfen. Doch war er lediglich

---

[1]) Vgl. Seuffert Kom. z. ZPO. (1911) I § 322 A. 1 (S. 522): „Demselben Grundgedanken, auf welchem die materielle Rechtskraft des Urteils beruht, ist die Konsumtionswirkung der römischen litis contestatio entsprungen; aber die Konsumtion der actio erschöpfte die Rechtskraftwirkungen schon nach dem römischen Rechte nicht". — Ähnlich schon Keller a. O. [2]) Bekker Z. 27 (40) S. 19. [3]) Ebenso Planck Mehrheit § 2 S. 9.

aus dem formellen Grunde früherer denegatio a. weder berechtigt noch auch gezwungen, jetzt ebenfalls die Klage abzuweisen.

Der Beklagte wird durch die denegatio a. aus der Zwangslage, in die er durch den Prozessbeginn versetzt ist, sofort befreit[1]). Gleichsam die Schattenseite davon ist aber, dass er mangels Litiskontestation und Konsumtion keine Sicherheit für die Zukunft gegen eine Wiederaufnahme desselben Klageverfahrens hat[2]). Das mag immerhin ein Äquivalent bilden für den Fall, dass der Prätor, um den Beklagten zu bevorteilen, seine Denegationsbefugnis missbraucht, so schuldlos der Beklagte auch daran sein mag. Die unzulässige, missbräuchliche Benachteiligung des Klägers durch Abweisung bringt dem Gegner also nur einen scheinbaren Vorteil. Daher wird der Beklagte, wenn er Sicherheit für die Zukunft haben will, darauf hinzuwirken suchen, dass dem Kläger die Formel erteilt, und die Litiskontestation zwecks Klagenkonsumtion vollzogen wird.

IV. Vollstreckbarkeit.

Obgleich die denegatio a. oft eine Entscheidung zur Hauptsache ist und über die materielle Seite des erhobenen Anspruchs etwas aussagt, so kann dennoch von einer Vollstreckbarkeit bei ihr keine Rede sein. Denn sie stellt sich als Klageabweisung dar; auch ist ihr der Eintritt der mit der Rechtskraft verknüpften Wirkungen verschlossen. Nicht einmal zur Beitreibung der dem Gegner erwachsenen Prozesskosten konnte die denegatio a. in älterer Zeit, wo die Rechtspflege noch unentgeltlich geübt wurde, verwendet werden[3]) (S. u. Abschn. C. IX.).

[1]) Bekker Z. 24 (37) S. 369. [2]) Jusiurandum und iudicium calumniae (vgl. Keller § 58 sub 3. 5) darf hier nicht entgegengehalten werden. [3]) Rechtlich interessant sind die Rechtsverhältnisse gerade bei der denegatio a., wenn es sich um actiones duplices handelt, nämlich um die 3 Teilungsklagen (actio communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum), ferner um die zwei interdicta retinendae possessionis (uti possidetis und utrubi). In allen diesen Fällen kann jede Partei verurteilt werden, während bei den gewöhnlichen Klagen nur der Beklagte verurteilt, der Kläger aber höchstens abgewiesen werden kann (absolutio rei oder denegatio formulae). Vgl. Savigny V S. 151f.; VI S. 328f. — Dabei erhebt sich die Frage, ob und inwieweit eine wahre „Verurteilung" des Klägers, insbesondere durch Anstellung einer Widerklage, abweichend von der sonstigen Regel möglich ist (vgl. Savigny VI S. 320ff.). Die Antwort auf diese Frage lautet ebenso, wie bei der actio duplex, dahin nämlich, dass auch bei der Widerklage die

V. Denegare actionem und denegare iudicium.

Hinsichtlich der Frage, wie sich das „denegare actionem" zum „denegare iudicium" verhält, herrscht in der Literatur keine Übereinstimmung [1]). Namentlich Helmolt und Bekker sind es, deren Meinungen für sich allein stehen.

Helmolt will, obgleich er mit Rücksicht auf die Quellen (vgl. z. B. l. 9 pr. D. 12, 2; l. 15 D. 46, 8; l. 34 § 7 und l. 37 D. 12, 2) selbst zugibt, dass die Römer zwischen denegare actionem und denegare iudicium offenbar nicht unterschieden haben, zwischen beiden Arten einen „materiellen" Gegensatz entdeckt haben etwa folgendermassen: war die vom Kläger erhobene Klage rechtlich garnicht begründet, oder war der Kläger dem Prätor gegenüber renitent, dann wies der Prätor ohne Anhörung des Beklagten den Antrag des Klägers ab (actionem denegabat). Also kam es eigentlich nicht einmal zur editio a. Wenn aber die „Nichtzuständigkeit der Klage auf der Hand lag", z. B. weil der Schuldner die Schuld eingestand oder bereit war zur Zahlung, dann erfolgte „wohl" in der Regel eine Verhandlung in iure durch interrogationes, und, wenn sich hier ergab, dass kein Grund zu einer judiziellen Verhandlung vorlag, wegen mangelnder Rechtsverletzung oder klarer Schuld des Beklagten, so denegierte der Prätor das Judizium und leitete gegen den schuldigen Beklagten das Exekutionsverfahren ein [2]).

„Verurteilung" des Klägers sich in blossen Schein auflöst. „Allerdings kann hier der ursprüngliche Kläger verurteilt werden; aber wenn dies geschieht, so ist es nicht der Kläger, sondern der Beklagte, der in ihm verurteilt wird, indem er in der Tat beide Eigenschaften in seiner Person vereinigt." Vgl. Savigny VI S. 336 f. [1]) Eine Untersuchung der Frage gestaltet sich deshalb sehr schwierig, weil die techn. Ausdrücke „formula" und „iudicium" im Laufe der Zeit durch das Wort „actio" mehr und mehr verdrängt worden sind. Infolgedessen steht an Stelle von „formula" oder „iudicium" sehr oft das interpolierte „actio". Das darf nicht befremden. „Judizium" und „Formula" existierten in ihren nur für das klass. Privat- und Prozessrecht verständlichen Bedeutungen zur Zeit Justinians wegen der abgekommenen Zweiteilung des Prozessverfahrens in Jus und Judizium nicht mehr. — Ebenso Gradenwitz: Interpol. S. 104. 105; Hellwig I S. 9; Bekker Z. 24 (37) S. 354; Z. 27 (40) S. 6; Schott I S. 144 A. 18. [2]) Helmolt S. 69 f. — Prinzip: „Die exceptio wurde, ebenso wie die actio, nur gegeben, wo eine Tatsache streitig war, da ausserdem der Prätor gleich unmittelbar entscheiden konnte, ohne eines Judex zu bedürfen." (Savigny V § 226 A. h.)

Nach Helmolt soll also die denegatio a. eine dem Kläger ungünstigere Entscheidung insofern sein, als sie den Kläger nicht einmal zum Klagevortrage (edere a.) und zur Klagbitte (impetrare a.) zuliess, dem Beklagten also garnicht rechtliches Gehör zuteil werden liess. Wäre dies richtig, dann würde das denegare „actionem" in der Prozessorganisation ungefähr die gleiche Stellung einnehmen, wie das denegare „iurisdictionem" (S. u. Abschn. C. VIII.).

Das erscheint aber unmöglich, weil zwischen der Jurisdiktions- und Klagenverweigerung streng zu scheiden ist. Weiterhin ist auch zu berücksichtigen, dass dare und denegare a., wie wir sahen, Front- und Kehrseite eines und desselben Rechts, des ius dationis (i. w. S.), sind. Wie nun die datio actionis eine editio und impetratio (postulatio) actionis voraussetzt, was nicht bestritten werden kann, so bedingt die denegatio (non datio) actionis die editio und impetratio (postulatio) actionis. Es kann niemals zu einem denegari actionem kommen, wenn die actio nicht ediert, geschweige denn erbeten ist (S. o. S. 13 ff.). Nicht der Gegensatz des denegare a. zum denegare iudicium, sondern des denegare iurisdictionem zum denegare iudicium wird von Helmolt geschildert. Daraus folgt implicite, dass denegare actionem und denegare iudicium zusammengehören, während das denegare jurisdictionem für sich allein dasteht[1]). Schliesslich spricht gegen Helmolt, dass die klassischen römischen Juristen, was Helmolt ja auch selbst zugibt, zwischen denegare actionem und denegare iudicium offenbar nicht unterschieden haben[2]). Damit fällt die von Helmolt versuchte Unterscheidung. Ebensowenig kann ein Unterschied darin gefunden werden, dass das denegari a. sich in seinem Enderfolg, abgesehen natürlich von den Konsumtionsfolgen, auf zweierlei Weise verwirklichen lässt: erstens durch das eine definitive Entscheidung bildende prätorische Dekret, die dene-

[1]) Stellen, wie l. 6 D. 47, 10, kommen für die Lösung der Frage hier nicht in Betracht; das „iudicium publicum" und „privatum" der zit. Stelle hat einen ganz anderen Sinn, als was im Text von uns gemeint ist. Das ergibt sich schon aus dem Zusammenhange der l. 6 D. 47, 10: „plane si actum sit publico iudicio, denegandum est privatum: similiter ex diverso". Ebenso ist mit l. 51 D. 44, 7 und pr. I. 4, 6 zu verfahren. Derselben Meinung Gradenwitz a. O. S. 103. [2]) Vgl. über den synonymen Gebrauch auch Gradenwitz a. O. S. 103. 104.

gatio a. (im technischen S.), und zweitens durch dare formulam (actionem) mit inserierter exceptio, die in iudicio unweigerlich zum Unterliegen des Klägers, also zum absolvi des Beklagten führt[1]). Im prätorischen Edikt (Album) allerdings bedeutet „actionem dabo" etwas anderes als „iudicium dabo". Denn „actionem dabo" („non dabo") — „denegabo" a. kommt im Ediktstext nicht vor! — heisst: Ich, Prätor, werde in einem bestimmten Fall eine der bereits bestehenden Klagen oder alle darauf bezüglichen Klagen geben (versagen)[2]); während „iudicium dabo" („non dabo") besagt: Ich, Prätor, werde in concreto eine ganz neue Klage geben (nicht geben)[3]).

Einen anderen Unterschied zwischen beiden Denegationsarten versucht Bekker zu machen[4]). Ihm ist es „auffällig", dass, obgleich z. B. das SC. Macedonianum und Vellaeanum das dari actionem verboten zu haben scheinen (ne cui actio petitioque daretur: l. 1 pr. D. 14, 6; ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur: l. 2 § 1 D. 16, 1)[5]), gleichwohl in der grossen Mehrzahl der Fälle dieses Dationsverbot nicht zu einer denegatio a., sondern vielmehr zu einer datio formulae mit inserierter exceptio SC. Maced. oder Vell. führt, und dass der Prätor „mit einer gewissen Regelmässigkeit den Befehlen des Senates nur halb entsprochen haben sollte." Das sei um so auffälliger, als die Denegation, was als allgemein bekannt gelte, ganz anders wirke, als die Gewährung der Aktio mit exceptio inserta. Auch das Edikt „quarum rerum actio non datur" sei mitten unter die Exzeptionen gestellt und das „Nondationsgebot" regelmässig durch Exzeptions-

[1]) Denselben Gedanken spricht Bekker (Z. 15 (28) S. 184. 185) aus, wenn er erwähnt, dass schon die Römer beide, denegatio a. einerseits, datio formulae mit inserierter exceptio anderseits, „als nächste Verwandte, als zwei Verwirklichungsarten desselben gesetzlichen Befehls" betrachtet haben. So sage das SC. Vell. (D. 16, 1): „ne eo nomine ab his petitio sit neve in eos actio detur," das SC. Maced. (D. 14, 6): „ne cui . . . actio petitioque daretur." Beidemal aber seien, soviel bekannt, Exzeptionen das regelmässig gebräuchliche Mittel geworden. Ganz ähnlich erzeugten die Worte des Trebellianums: „actiones eas neque in eos neque his dari" die exceptio SC. Trebell. (D. 36, 1). [2]) So beim Eid (l. 7 D. 12, 2), bei der Benachteiligung der Gläubiger (l. 1 pr. D. 42, 8). [3]) Gradenwitz S. 103; Wlassak I S. 77; Bekker Z. 15 (28) S. 183f. [4]) Bekker Z. 24 (37) S. 346. 347. [5]) Vgl. Wenger § 17.

erteilung erfüllt. Man könnte sich „zu der Vermutung gedrängt fühlen, dass non dari actionem und non dari iudicium doch verschiedene Dinge gewesen seien, und dass non dari actionem in doppelter Weise, durch Verweigerung von Richter und Formel oder durch Einsetzung des Richters und Gewährung der Formel mit eingerückter Exzeption, sich hätte verwirklichen lassen." „Zur Unterstützung" beruft sich Bekker auf die praescriptio pro actore, wo gleichfalls die actio nur bezüglich der in dieser praescriptio ausdrücklich genannten Stücke des „quod venit in actionem" als gegeben gelte[1]). Ähnlich sei die actio bei inserierter Exzeption nur unter der Bedingung gegeben und folgeweise wirksam, dass die Bedingung der Ausnahme defiziere. Für den Fall, dass gegen das Vellaeanum oder das Macedonianum verstossen werde, sollte die actio als überhaupt nicht gegeben gelten. Als Konsequenz erfordere diese Annahme, dass, wo die Abweisung der Klage wegen der Exzeption erfolge, die Konsumtion hätte ausbleiben müssen.

Was zunächst den prätorischen Teilgehorsam gegenüber den zivilen Gesetzen und, was ihnen gleichsteht, betrifft, so ist auf das oben (S. 46ff.) bereits Gesagte zu verweisen. Der Prätor wird durch derartige Spezialbestimmungen zur Ausübung des ius denegationis weder besonders ermächtigt noch verpflichtet. Der Prätor steht staatsrechtlich zwar unter der lex und dem, was legis vicem hat, prozessual aber besitzt er Machtbefugnisse, die ihn über das Gesetz stellen. So kann er bei Vorhandensein von Vorschriften, wie sie im SC. Macedonianum und Vellaeanum und anderen Gesetzen enthalten sind, sowohl die Aktio denegieren als auch die Formel erteilen mit entsprechender inserierter Exzeption. Dass diese exceptio die Klage zu Fall bringt, ist eine Konsequenz des vom Gesetz verfolgten Zweckes: ne actio detur.

Bezüglich des Edikts: „quarum rerum actio non datur" (D. 44, 5) ist Bekker wohl auf falschem Wege. Mit diesem Edikt hat es vielmehr folgende Bewandtnis. Es ist richtig, dass dieser Titel mitten unter den Exzeptionen steht. Er enthält ebenfalls Exzeptionen und zwar, wie die Rubrik: „quarum rerum actio non datur" (denegatur) zeigt, exceptiones aus solchen Gründen, wegen deren vorher im Ediktsalbum ein „non datur" (denegatur)

[1]) Quint. Instit. orat. VII 5, 3.

„actio" angedroht war. Wir haben es also hier mit einer „rückverweisenden" Ediktsrubrik zu tun, in welcher diejenigen Exzeptionen vereinigt waren, mit denen in den früheren Abschnitten ein besonderes, die actio versagendes Edikt „korrespondierte"[1]).

Es ist von drei Exzeptionen die Rede:

1. von der exceptio iurisiurandi (l. 1 pr. § 3 u. l. 2 pr. D. 44, 5; l. 9 pr. u. l. 31 D. 12, 2), korrespondierend mit l. 7 D. 12, 2[2]);
2. von der exceptio negotii in alea gesti (l. 2 § 1 D. 44, 5; vgl. l. 19 § 4 D. 22, 3), korrespondierend mit l 1 pr. D. 11, 5[3]);
3. von der exceptio onerandae libertatis causa (l. 1 §§ 4—12 u. l. 2 § 2 D. 44, 5; vgl. l. 7 § 1 D. 44, 1), korrespondierend mit l. 2 D. 38, 1[4]).

Der Vergleich, den Bekker zwischen der datio formulae mit eingefügter exceptio und zwischen der praescriptio pro actore zieht, hält nicht stand, weil die praescriptio, wie schon ihr Name sagt, die res in iudicium deducta, die intentio, einschränkt und folgeweise bei dieser steht („ea res agatur, si . . ."), während die exceptio einen Ausnahmebefehl zur condemnatio, d. h. die positiven oder negativen Bedingungen des condemnari und absolvi[5]), darstellt. Da handelt es sich nicht mehr um den Kläger, sondern um Verurteilung oder Freisprechung des Beklagten. Im zweiten Falle (im Falle der exceptio) ist die Klage (Formel) aufs Ganze erteilt und in das Judizium deduziert. Im ersten Falle (bei der praescriptio im technischen Sinn) dagegen ist der Verhandlungsstoff, der Prozessgegenstand, von vorneherein beschränkt; es ist also möglich, über den präscribierten Teil der intentio getrennt vom übrigen zu entscheiden[6]). Dies hat Bekker später[7]) selbst zugegeben.

---

[1]) Vgl. Lenel Ed. S. 492; S. 170. — Über die systemat. Anordnung der Exzeptionen im Edikt vgl. Lenel S. 46. 47 (gegen Rudorff: De iurisdictione edictum [1869. Leipzig]). [2]) Lenel S. 145. 146. [3]) Lenel S. 170. [4]) Vgl. Lenel S. 327ff.: „An das „initio" (cf. l. 2 § 1 D. 38, 1) des Ediktstextes hat sich ohne Zweifel die weitere negative Erklärung des Prätors angeschlossen, dass der Prätor im übrigen de onerandae libertatis causa impositis keine Klage erteilen werde. Wir finden daher die exceptio onerandae libertatis causa in dem Abschnitt von den Exzeptionen unter der rückverweisenden Rubrik: „quarum rerum actio non datur." " [5]) Vgl. Hellwig I S. 9 A. 3 (a.) [6]) Ebenso Lenel, Ed. S. 146. — A. M. Planck Mehrheit S. 8 (bes. A. 5), der diesen Unterschied zwischen praescriptio und exceptio überhaupt leugnet. [7]) Bekker Z. 27 (40) S. 10. 11: „Gewährung

Es gibt zwar Exzeptionen, die nicht gänzliche Absolution des Beklagten bezwecken, sondern nur teilweise seine Verurteilung abzuwenden bestimmt sind, deren Wesen Paulus in seiner Definition der exceptio im liber singularis de variis lectionibus darlegt (l. 22 pr. D. 44, 1; vgl. auch Ulp. l. 2 pr. D. 44, 1 u. l. 17 D. 21, 2), z. B. die exceptio 'quod facere possit' (l. 7 pr. D. 44, 1)[1]), die auf das SC. Vellae. gestützte Partialeinrede: „exceptione pro parte summovetur" (l. 17 § 2 D. 16, 1) oder die den Zwecken der Aufrechnung[2]) und Retention dienende exceptio doli. Aber alle diese Exzeptionen haben mit der von Bekker gekennzeichneten Wirkung nichts gemein. Sie dienen nur dazu, die Verurteilung, nicht jedoch die intentio zu beschränken. Soweit die intentio, d. h. der Anspruch (im prozess. Sinn)[3]) reicht, tritt trotz einer solchen exceptio die Klagenkonsumtion ein[4]).

Sehr bedenklich aber ist die Konsequenz, die Bekker aus seiner Ansicht zu ziehen genötigt ist, nämlich dass die Klage, falls sie wegen der Exzeption vom Geschworenen abgewiesen wird, als nicht erteilt gelten, und daher auch keine Konsumtion eingetreten sein soll. Dies geht fehl. Denn soweit sich der klageweise erhobene Anspruch erstreckt, — und das bestimmt sich nach der intentio, — soweit wird auch der Streit „befestigt" mit konsumierender Wirkung. Was Bekker äussert, widerspricht zudem der bisher allgemein gewesenen Anschauung[5]), dass durch

der Formel mit einer praescriptio pro actore ist keine denegatio iudicii, auch keine partielle oder bedingte, sondern lediglich die genaue Anpassung an diejenige res, welche der Kläger in Wirklichkeit einklagen wollte und zur Zeit auch schon mit Erfolg einklagen konnte; während die Benutzung der gemeinen formula incerti ohne solchen Zusatz auch die unfälligen Ansprüche in den Strudel der Konsumtion mit hineingerissen hätte, trotz dem entgegengesetzten Meinen und Wollen des Klägers." [1]) Bisweilen „exceptio" genannt, vgl. l. 63 § 2 D. 17. 2; l. 17 § 1 D. 23, 3; l. 33 D. 46, 2; gewöhnlich anders bezeichnet, vgl. l. 16. 17. 18. 22 § 1 l. 24. 25. 41 § 2 l. 49. 52 D. 42, 1; l. 33 pr. D. 39, 5; l. 51 § 1 D. 3, 3; l. 2 pr. l. 4 § 2 D. 14, 5; l. 173 pr. D. 50, 17. S. Keller S. 178. 179. [2]) Vgl. insbesondere Sohm S. 573. 574 A. 12. [3]) Hellwig Anspruch § 23 S. 153ff.; I S. 150ff. [4]) Gradenwitz Volksspruch S. 407. 408. [5]) Diese wird neuerdings auch von Bekker (Z. 27 [40] S. 22) wieder geteilt. Er sagt a. a. O.: „Völlig unabhängig vom Wollen und Wissen der Beteiligten ist die Konsumtion unlösbar verknüpft mit dem Akte der Litiskontestation." — Derselbe: Z. 27 (40) S. 10. 11. 12

datio formulae (actionis) und Hingabe wie Annahme der Formel die Aktio inter partes konsumiert wird. Daran ändert sich nichts, wenn in die Formel eine exceptio eingefügt ist[1]). Es ist undenkbar, dass die inserierte exceptio für den Fall, dass sie existierte, zu einer denegatio a. (i. techn. Sinn) geführt hätte. Richtig ist allerdings, dass der Prätor mittels Formelexzeption, die apud iudicem zweifellos zum absolvere reum führt, die gleiche Wirkung herbeiführen kann, wie sie die denegatio a. äussert, dass sich also in dieser Weise eine Abweisung des Klägers verwirklichen[2]) lässt. Aber das ist kein denegare actionem im echten Sinn. Einmal wird die denegatio a. nur vom Prätor ausgesprochen, und dann zieht die denegatio a. als solche keine Konsumtion der actio nach sich. Gerade das Gegenteil würde bei der Überweisung an den Geschworenen eingetreten sein[3]).

Daraus folgt, dass das denegare actionem und iudicium unterschiedslos jene Tätigkeit des Prätors bezeichnen, durch die dem Kläger die Streitverhandlung in iudicio versagt wird. Die Eigenschaft, die Bekker der Exzeption zum Zwecke des denegari a. beilegt, ist quellenmässig mit keinem Worte überliefert und ist daher unannehmbar, trotz des von Bekker für die wissenschaftliche Forschung aufgestellten Grundsatzes, dass die feinsten Details stets und überall nur der „Vermutung" zugänglich sind[4]).

(vgl. o. S. 76 A. 3; S. 86 A. 7). [1]) Ebenso bezüglich der praescriptio pro reo Keller § 43 A. 498 namentlich gegen Puchta I § 171 S. 520f. [2]) S. Bekker Z. 15 (28) S. 184. 185; Z. 24 (37) S. 346; Wenger § 16; Girard p. 854 n. 1; Sohm (11. Aufl. 1903) S. 78. [3]) Ebenso jetzt Bekker Z. 27 (40) S. 10. 11 (S. o. S. 86 A. 7); auch a. a. O. S. 45: „Wo das „non dari" einer übrigens zulässigen actio unter gewissen Umständen gesetzlich oder quasigesetzlich geboten ist, da kann diesem Gebote auch in der Weise Folge geleistet werden, dass zwar die datio iudicii stattfindet, aber der Kondemnationsbefehl (iudicare iubere) dergestalt beschränkt wird, dass der Judex, falls er sich nach Massgabe der inserierten exceptio von dem Vorhandensein der fraglichen Umstände überzeugen sollte, angewiesen wäre, nicht zu kondemnieren, sondern zu absolvieren." [4]) Bekker Z. 24 (37) S. 373. (Anderer und zwar richtiger Ansicht derselbe: Z. 15 (28) S. 184f. — Kein Unterschied zwischen denegari act. und iud. wird anerkannt von: Brissonius p. 33. 34 verb. mit p. 504; Dirksen p. 511 § 2; Gradenwitz a. O. S. 103ff.; Hellwig I S. 9 A. 3 sub a.; Wlassak, Ed. S. 61 A. 11; Rudorff § 70; Helmolt S. 69; Sintenis S. 392f.; Schlesinger (Lit. S. 5 A. 1) S. 890. 891.

Bekker hat seine Ansicht über den Unterschied zwischen denegari actionem und denegari iudicium später abgeändert. Namentlich ist er bezüglich des Titels D. 44,5 (quarum rerum actio non datur) anderen Sinnes geworden, übereinstimmend mit der von uns vertretenen Auslegung. Er lehrt neuerdings etwa folgendes:[1]) „Auch wenn der normale Kondemnationstatbestand erfindlich sein sollte, kann es doch Ausnahmen geben, und kann ein Ausnahmebefehl (exceptio) dahin ergehen, dass, wenn der ausdrücklich angegebene Ausnahmefall auch erfindlich sei, die Kondemnation zu unterbleiben habe. Alle Gesetze und gesetzartigen Erlasse auf dem Felde der Sachen „quarum rerum actio non datur" sehen auf Vorkommnisse, die nach gemeiner Regel zu einer Verurteilung führen würden, und bestimmen, dass, falls neben diesen noch gewisse andere Vorkommnisse erweislich würden, nicht verurteilt werden solle; und dieser Wille des Gesetzes findet seinen Ausdruck in dem „actionem non dari". Wir möchten geneigt sein, darin ein Verbot des iudicium dari zu sehen. Die Römer aber scheinen dies anders beurteilt zu haben. Nicht das iudicium soll fortfallen, sondern nur die Kondemnationsgefahr beseitigt werden. Hierzu genügte der exzeptivische Zusatz bei dem iudicare iubere. Allerdings für den Kläger insofern ungünstiger, als seine res in iudicium deducta der Konsumtion unterlag."

Den Glauben an einen Unterschied zwischen den beiden Denegationsformen, denegare actionem und iudicium, hat Bekker zwar nicht aufgegeben, aber es mit einer andern Erklärung versucht. Er geht dabei vom „ius dicere", das er mit einem ganz neuen Gedanken verbindet, aus.[2]) Nach dem Erscheinen der Parteien in iure nämlich sollen, wie Bekker ausführt, nicht ohne weiteres die Parteivorträge stattgefunden haben, sondern es hat den rechtsverbindlichen Äusserungen der Parteien eine mehr oder minder feierliche Erklärung des Magistrats voranzugehen, die „ius dicere" genannt wird. Erst nach diesem, auf den laufenden Prozess einwirkenden und darum in diesen Prozessgang hineingehörigen Eröffnungsakt gibt es ein wirkliches „agi", das zu einer res acta führen könnte, erst mit ihr ist der Prozess in das Stadium

[1]) Bekker Z. 27 (40) S. 11. [2]) Bekker a. a. O. S. 1 ff. (bes. S. 2. 3. 44).

getreten, auf welches die Ausdrücke confiteri, iurare, interrogare, respondere in iure, auch wohl offerre und cedere in iure sich beziehen. Erst nachdem derjenige, welchem die Jurisdiktionsbefugnis zusteht, ius dixit, und nur solange sich die Parteien in dem nächsten Machtbereiche desjenigen, qui ius dixit, befinden, handeln sie in iure. Das ius dicere ist ein besonderer, von der datio iudicii ebenso verschiedener Akt, wie diese wieder von der datio iudicis recuperatorumve sich unterscheidet.[1]) Bekker greift als Beispiel die Kompetenzfragen heraus und meint, dass diese zweifellos korrekter vor dem ius dicere denn als Vorbereitung des iudicium dandum zu behandeln gewesen wären. Hiernach müssten wir, fährt er fort, zu der Vermutung kommen, dass, was wir jetzt in der Justinianischen Sammlung unter dem Gesamtnamen der denegatio a. auftreten sehen, einstmals verschiedene Vorgänge gewesen sind: Verweigerung bald des ius dicendum, bald des iudicium dandum. Das ius dicere kann der Prätor rechtmässig aus gewissen Gründen verweigern (z. B. an bestimmten Tagen, gegenüber den ihm als nicht unter seine Jurisdiktion gehörig bekannten Personen, gegenüber Sklaven). Darin liegt eine von der Verweigerung der datio iudicii (z. B. wenn eine nicht ediktsmässige Formel verlangt wäre und der Prätor keinen Grund sähe, diesem Verlangen zu willfahren; oder wenn der Kläger die ihm vom Magistrat gebotene Formel so wie sie geboten ist, ablehnt, und der Magistrat keinen Grund zu einem anderen Angebot hätte) verschiedene Spezies der denegatio a.[2])

Ich halte auch diese Ansicht Bekkers für verfehlt. Die von Bekker angeführten Quellen[3]) bringen nichts Gewichtiges für seine Vermutung, sodass er schliesslich selbst bekennt:[4]) „Das Ergebnis kann wenig befriedigen, der dunklen Punkte bleiben zu viele. . . . Übrigens mehren sich nur die nicht zu beantwortenden Fragen.“ An sich erscheint ein formeller Akt des Prätors, in welchem er das „ius dico“ zu Anfang des Verfahrens in iure zu sprechen hatte, in hohem Masse unwahrscheinlich. Die Worte der Volksgesetze: „ius dicito, decernito, iudicia dato, iudicare iubeto, cogito“ oder ähnlich (z. B. lex Rubr. XX. 17. 35; lex Malacit. 65), auf welche Bekker das Hauptgewicht legt,[5]) bezeich-

[1]) Bekker S. 6. 10. [2]) Bekker S. 44. [3]) Bekker S. 6 ff. [4]) Bekker S. 8. [5]) Bekker S. 2. 3.

nen mit „ius dicere“ etwa dasjenige, was wir mit „Rechtspflege“, „Justizgewährung“[1]) bezeichnen, also die gesamte, den konkreten Rechtsstreit betreffende prätorische Tätigkeit in iure. „Ius dicere“ ist an den fraglichen Stellen der allgemeine Begriff, der durch das decernere, iudicia dare usw. spezialisiert wird.[2]) Dazu kommt noch folgendes. Die Annahme Bekkers würde zu der Schlussfolgerung berechtigen, dass der Prätor auch in einem formellen Akte sagen musste: „iudicium do“ oder „iudicare iubeo“ oder „decerno“. Dass diese Meinung unrichtig ist, liegt auf der Hand. Die Ausdrücke der Volksgesetze der beschriebenen Art bezeichnen eben offenbar nicht die Worte des Prätors, welche er in den einzelnen Prozessstadien gebrauchen musste, sondern unmittelbar seine prozessuale Tätigkeit.[3])

Nur insofern besteht zwischen dem denegari actionem und denegari iudicium ein Unterschied, als das „denegatur iudicium“ abstrakt gesprochen ist, indem es nur den Gang des Verfahrens ohne Angabe eines Grundes verwehrt, während das „denegatur actio“ bereits etwas aussagt, was das „materielle Justizrecht“ berührt, und einen Grund bereits angibt. Aber dieser Unterschied ist ein nur scheinbarer. Denn der Prätor vermag in allen den Fällen, wo er die „actio“ denegiert, auch das „iudicium“ zu denegieren. Die denegatio „iudicii“ ist mit anderen Worten die notwendige und allein mögliche Folge der denegatio „actionis“. Es sind nicht zwei Akte, verschieden in dem Sinne, dass sie einen verschiedenen Erfolg haben. Beide sind Entscheidungen, durch welche der Kläger zurückgewiesen wird. Beide Entscheidungen liegen vereint entweder in der denegatio actionis oder in der denegatio iudicii. Die eine ist ohne die andere nicht denkbar.

VI. Denegare exceptionem.

Die denegatio exceptionis findet sich in einigen Digestenstellen, nämlich l. 23 D. 9, 4; l. 9 pr. D. 14, 6; l. 12 § 2 D. 23, 4; l. 18 D. 44, 1; l. 1 § 8 D. 44, 5; l. 19 D. 46, 2, und ist ein in iure erlassenes prätorisches Dekret, durch welches das Verlangen des Beklagten, eine von ihm geltend gemachte exceptio in die formula aufzunehmen, wegen rechtlicher oder tatsäch-

[1]) Vgl. Goldschmidt S. 15 A. 80. [2]) S. u. S. 97 A. 2. [3]) S. o. S. 20f. für die dies fasti und nefasti.

licher Mängel zurückgewiesen wird. Die denegatio exceptionis unterscheidet sich von der denegatio actionis ganz wesentlich dadurch, dass die denegatio actionis den Kläger an der Weiterführung des ganzen Prozesses hindert, während die denegatio exceptionis dem Beklagten nicht die ganze Verteidigung abschneidet, sondern nur die Inserierung eines einzelnen, im Judizium verwertbaren Verteidigungsmittels in die Formel verwehrt. Schon aus diesem Grunde darf die denegatio exceptionis einer Verurteilung des Beklagten im Extraordinarverfahren, wie es von seiten Savignys, Pernices, Helmolts geschieht[1]), keinesfalls gleichgestellt werden[2]).

Schwieg der Beklagte zum denegari exceptionem oder gestand er den Anspruch des Klägers insoweit zu, dann baute sich das weitere Prozessverfahren nicht auf die denegatio exceptionis auf, sondern auf die confessio in iure, der er unterlag (confessus pro iudicato!), oder auf seine indefensio vor dem Magistrat.

Schott[3]), der die denegatio a. für ein ganz selbständiges Institut hält und demnach auch gar kein Gegenstück anerkennt[4]), spricht mit Rücksicht auf die wenigen („nur sechs"!) Quellenstellen, in denen die denegatio exceptionis begegne und in denen sie noch meistenteils nicht prozessual, sondern materiellrechtlich gebraucht zu sein scheine, dem denegari exceptionem eine feste „prozesstechnische Bedeutung" ab und begründet dies damit, dass beim denegare a. der Kläger an der Führung des ganzen Prozesses verhindert, bei der denegatio exceptionis dagegen dem Beklagten nicht die ganze Verteidigung, sondern nur die Inserierung eines einzelnen Defensivmittels in die Formel verwehrt wird. Wie Klingmüller[5]) mit Recht gegen Schott ausführt, handelt

[1]) Savigny V S. 163; VI S. 286f.; Pernice: de rat. bes. S. 6ff.; Krit. Vjahrsschr. 5 (1863) S. 414f.; Helmolt S. 69ff. [2]) Konsequent, aber zu Unrecht fassen die Genannten die denegatio a. auf als „Abweisung des Klägers im Kognitionenverfahren". — Vgl. dagegen namentlich Windscheid S. 46 A. 3; Albrecht S. 17f. [3]) Schott I S. 127 A. 3. 4; S. 137. [4]) Man muss sich überhaupt hüten, die denegatio a. als ein „selbständiges Institut eigener Art" anzusehen, ein Fehler, in den man nur zu leicht aus der „Liebe zum eigenen Produkt" verfällt. Die denegatio a. bildet lediglich das Korrelat zur datio actionis (formulae) und ist ohne diese garnicht zu verstehen. Vgl. ebenso gegen die selbständige Natur der denegatio a. Klingmüller S. 274. [5]) Klingmüller S. 274. 275.

es sich nicht um eine Begründung für Schotts Ansicht, sondern um die Hervorhebung eines Unterschiedes bei zwei Richtungen der prätorischen Tätigkeit, deren Ausgangspunkt doch derselbe ist: Verfügungsbefugnis über die Rechts- und Verteidigungsmittel.

VII. Das „Klagrecht" und der „Rechtsschutz" im römischen Zivilprozess.

Die denegatio a. bot dem praetor, qui ius dicere poterat, ius facere nequibat, eine prozessuale Handhabe, erhaltend (s. o. S. 43) und gestaltend (cf. l. 7 § 1 D. 1, 1) propter utilitatem publicam in das ius civile einzugreifen. Denn er konnte eine nach ius civile begründete Klage abweisen und eine honorarische Klage geben, wo das ius civile einen Rechtsanspruch nicht anerkannte. Trotzdem war die denegatio a. nicht etwas Unrechtes, ein Missbrauch der Amtsgewalt, „ein zwar als unabänderlich geduldeter, aber nicht gebilligter, bloss tatsächlicher Ausfluss des prätorischen Imperiums", sondern sie bildete gleich der datio a. im wahrsten Sinne eine der im prätorischen Amt vereinigten Befugnisse. Jedoch muss man sich auch hier hüten, der denegatio a., ohne Anerkennung eines Gegenstücks, „selbständigen Charakter" und „markantes Profil" zu geben[1]). Vielmehr sind dare a. und denegare a. Vorder- und Rückseite eines und desselben Rechts (cf. l. 102 § 2 D. 50, 17). „Denn dieselbe Regel, welche dem Prätor gebietet, die actio unter bestimmten Voraussetzungen zu geben, verbietet, sie zu geben, wo diese Voraussetzungen nicht bestehen, und das Verbot des Gebens ist identisch mit dem Verbot des Denegierens."[2]) Es handelt sich hier nicht bloss um das Bestehen zivilrechtlicher Voraussetzungen und ihr Vorbringen, bezw. ihren Nachweis im Prozess, sondern „es kommen auch öffentlich-rechtliche Verpflichtungen des Prätors in Frage, da doch der verpflichtende Grund jener an den Prätor gerichteten Rechtsanwendungsgebote und -verbote im öffentlichen Recht lag, wie jeder Befehl an den Richter, ein bestimmtes Recht anzuwenden oder nicht, öffentlichen Rechtens ist."[3]) Die denegatio a. und damit das ius denegationis

[1]) In diesen Fehler verfällt Schott (vgl. z. B. I S. 128) wiederholt. Gegen ihn Bekker Z. 24 (37) S. 370; Klingmüller S. 273. [2]) Bekker a. O. [3]) So Klingmüller S. 273 gegen Schott II S. 23.

sind ein untrennbarer Bestandteil des ius dationis (i. w. S.). Würde dem Prätor das ius denegationis fehlen, dann stände er einem „Automaten" gleich, der auf jeglichen Anstoss hin die Prozessformel herausgab.[1]) Ohne ius denegationis hätte jeder, auch der aussichtslose Prozess in das eigentliche Judizium kommen müssen. So aber galt für die prätorische Stellung den Parteiwünschen gegenüber das Gegenteil. „Die Parteien konnten an der Behandlung aller in iure etwa auftauchenden Fragen nichts ändern, ohne dass der Prätor Ja und Amen dazu sagte."[2])

Die denegatio a. ist nicht eine blosse einstweilige Verfügung und provisorische Sicherungsmassregel des Magistrats, sondern eine unbedingte, somit definitive Entscheidung, allerdings mit der Möglichkeit einer Erneuerung der Klage apud eundem vel apud sequentem praetorem. Sie ist ferner kein Verwaltungsakt, der vom Prätor lediglich vermöge seiner staatsrechtlichen Machtstellung und seines Imperiums vorgenommen wird,[3]) der also seine „Entstehung und Legitimation" der Souveränität des Magistrats verdankt, die ihm gestattet, ohne Rücksicht auf die durch das zivile Gesetz gezogenen Schranken nach Belieben, einzig und allein auf seine persönliche Verantwortung hin, zu verfahren. Sie bildet vielmehr „einen organisatorischen Teil des zivilprozessualen Justizverfahrens", gleichwie die in ius vocatio, die confessio in iure, die interrogationes in iure, die datio actionis (formulae) oder das Kontumazialverfahren, obgleich sie eine Entscheidung ist, der die Erlangung der Rechtskraft für immer versagt bleibt.[4])

Der Gedanke, dass die denegatio a. dazu „prädestiniert" gewesen sei, eine erschöpfende Substanzierung der Klagetatsachen zu erzwingen,[5]) ist zwar an sich denkbar, aber unwahrscheinlich, da der Prätor nicht nur die Behauptungen, sondern vor allem die Sache selbst, den sich aus den Parteierklärungen ergebenden Tatbestand berücksichtigt und sich daraus das Bild für seine Entscheidung in iure verschafft.

---

[1]) Vgl. Schott I S. 128; Bekker Z. 24 (37) S. 370. 373. Gegen Bekker (a. O.) Schott II S. 23f. [2]) Bekker Z. 24 (37) S. 14. [3]) A. M. Sohm S. 267 A. 4 („freie Entfaltung des Imperiums"). [4]) Vgl. Schott I S. 137. 138; II S. 18f. [5]) Auf die Frage, ob in Rom Substanzierung oder blosse Individualisierung erforderlich war, kann hier nicht eingegangen werden.

Die denegatio a. hat eine rein prozessuale Bedeutung. Als solche hat sie nichts mit dem Zivilrecht und Staatsrecht zu tun, auch nichts mit der Prüfung von „Bindegliedern" zwischen Privat- und Prozessrecht.[1])

1. Dare und denegare a. als Formen des „ius dicere". Nachdem wir das denegare a. kurz charakterisiert haben, fragt es sich, ob das dare a. und das denegare a., die beide als Ausflüsse des Dationsrechts (i. w. S.) anzusehen sind, zum „ius dicere" oder zum „ius non dicere" gehören.

Die Stelle, die uns die Antwort auf unsere Frage geben soll, entstammt dem ed. ex quibus causis maiores restituuntur (l. 26. § 4. D. 4, 6), wo es heisst: *Ait praetor: 'sive cui per magistratus sine dolo malo ipsius actio exempta esse dicetur'. hoc quo? ut, si per dilationes iudicis effectum sit, ut actio eximatur, fiat restitutio. sed et si magistratus copia non fuit, Labeo ait restitutionem faciendam. per magistratus autem factum ita accipiendum est, si ius non dixit: alioquin si causa cognita denegavit actionem, restitutio cessat: et ita Servio videtur . . . .*

Über die Bedeutung dieser Stelle, speziell für unsere Frage, streiten Schott[2]) und Klingmüller.[3]) Ihre Ansichten sind, in grossen Zügen wiedergegeben, etwa folgende. Schott behauptet, unter Opposition gegen die Anschauung, die die denegatio a. als „Prozessverweigerung" betrachtet, die denegatio a. sei keine Verweigerung des ius dicere, sondern werde von ihm erfasst. Also müsse sie ein Institut des iudicium, des Prozesses, sein, nicht bloss eine exoterisch wirkende Reflexerscheinung des Imperiums. Verjähre nämlich die Klage durch Fristablauf, insbesondere durch amtswidriges Verhalten des Magistrats, so gebe es die restitutio in integrum. Verjähre sie dagegen nach erfolgter denegatio a., dann werde die in integrum restitutio versagt, weil mit dieser den Kläger abweisenden Entscheidung nichts Unrechtes, keine laesio enormis als causa restitutionis probabilis begangen worden sei.

Im Gegensatze dazu fasst Klingmüller das alioquin in l. 26. § 4. D. 4, 6 („was auch seine häufigste Bedeutung") exzeptional auf und legt den Ton nicht so sehr auf das denegare a., als vielmehr auf das „c. c.". So kommt er zur entgegengesetzten

---

[1]) Schott II S. 19. [2]) Schott I S. 128f. [3]) Klingmüller S. 274.

Ansicht: das denegare a. werde grundsätzlich vom „ius non dicere“ umfasst, (im übrigen auch hier nur für die speziellen Zwecke der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand). Eine Ausnahme werde nur für das denegare a. „c. c.“ gemacht.

Es ist voranzuschicken, dass „ius dicere“ und „Gewährung des Rechtschutzes“ einerseits, „ius non dicere“ und „Versagung des Rechtsschutzes“ anderseits nicht ohne weiteres miteinander identifiziert werden dürfen.[1]) „Ius dicere“ und „ius non dicere“ haben als solche mit der Rechtsschutzgewährung nichts zu tun. „Ius dicere“ bezeichnet soviel wie „Justizgewährung“.[2]) „Ius non dicere“ bezeichnet so viel wie Rechtsverweigerung und -verschleppung.

Die Worte in l. 26. § 4. D, 4, 6 bilden eine Erläuterung der Worte in l. 1. § 1. D. 4, 6: „sive cui pro magistratu sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur“. Das zeigt sich schon äusserlich darin, dass der Kommentator die Ediktsworte aufnimmt und daran die Rechtsausführungen anknüpft. Die Exemtion der actio (worin die Exemtion besteht, sagt l. 26. § 5. D. eod.) tritt ein, entweder wenn der Magistrat sich mit dilationes behilft, oder wenn er überhaupt nicht zu erreichen ist. Beide Exemtionsgründe stehen einander gleich. Denn in beiden Fällen wird die restitutio in integrum gewährt. Ulpian fährt nun fort: „per magistratus autem factum ita accipiendum est, si ius non dixit“. Damit fasst er das Vorangegangene noch einmal zusammen, in dem er jene Tätigkeit oder besser: jenes Verhalten des Magistrates für ein „ius non dicere“ erklärt, wogegen es eine in integrum restitutio gibt.

Keine restitutio in integrum gibt es dagegen, „si causa cognita denegavit actionem“. Diese Wendung, „c. c.“ denegare a., muss also einen Gegensatz zum „ius non dicere“ bilden. Denn das „alioquin“ steht dem „si ius non dixit“ exzeptionell gegenüber. Ist nun das „denegare a.“ bereits ein „ius dicere“ oder gehört dazu nur das „c. c.“ denegare a.?

Nach unseren früheren Darlegungen (s. o. S. 51ff.) ist das denegare a. an sich stets ein solches „c. c.“, d. h. eine Ent-

[1]) Diesen Fehler begeht anscheinend Klingmüller (S. 258 A. 1), wenn er sagt: „Denegare a. aus lediglich formellen Gründen ist keine Rechtsschutzgewährung .... auch nicht die aus materiellen Gründen.“ [2]) Im Sinne Goldschmidts S. 15.

scheidung, die der Prätor verkündet, nachdem er auf die Sache nach ihrer prozessualen oder privatrechtlichen Seite eingegangen ist. Das denegare „actionem" schliesst also begrifflich bereits die causae cognitio, auf die sie gegründet wird, in sich. Wenn in unserer Ediktsstelle trotzdem das c. c. noch besonders hinzugesetzt ist, so geschah es, um jeden Zweifel auszuschliessen. Gemeint ist ein ordnungsmässiges, vom Prätor wohl erwogenes denegare a. Die Hinzufügung des „c. c." im Ediktstext ist eben keine Vorbedingung für das denegare a. Sonst müsste geradezu angenommen werden, dass in allen denjenigen Fällen, die uns in den Quellen überliefert sind und die ein denegare actionem ohne ausdrückliches c. c. berichten, ein „ius non dicere" und damit stets die Möglichkeit einer restitutio in integrum vorliegt. Dies ist unhaltbar, und nur soviel ist richtig, dass, wenn eine denegatio a. tatsächlich und rechtlich sich aus reiner Willkür herleitet, — streng genommen — ein denegare iurisdictionem vorliegt, also ein „ius non dicere".

Demnach ist die denegatio a., wenn sie nach bestem Wissen und Gewissen erlassen wird, eine Form des ius dicere. Sie ist die Kehrseite der datio a. Sie ist nicht bloss ein Produkt der Ausübung des souveränen, prätorischen Imperiums.[1]) Die denegatio a. als solche setzt ein Eingehen auf die Sache, eine Prüfung der Parteierklärungen schon begrifflich voraus. Sie weist nicht den Kläger ohne alles rechtliche Gehör a limine iudicii (iudicium im weitesten Sinn!) zurück.

Die Ansicht, dass das denegare a. eine Form des ius dicere darstellt, wird auch durch eine Stelle der Lex Rubria (c. 23) unterstützt. Wenn sie vom Magistrat sagt: *Ius dicito, decernito, iudicia dato, iudicare iubeto,* so ist in diesen vier Befehlen das „ius dicito" offenbar der allgemeine Befehl, der die drei folgenden mitumfasst. Zum „ius dicere" gehört sonach auch das „decernere" des Magistrates, d. h. der Erlass von Dekreten in iure.[2]) Zu diesen Dekreten rechnet auch das denegare a.

[1]) A. M. Sohm S. 267 A. 4, der die denegatio a. „freie Handhabung des Imperiums" nennt. [2]) Über die Bedeutung von „iudicia dato" und „iudicare iubeto" vgl. Bekker Z. 24 (37) S. 367; Z. 27 (40) S. 1 ff. (passim); Kipp: Quellen S. 41 A. 3. — S. auch o. S. 91 A. 2.

Es soll nicht unerwähnt bleiben, weil es immerhin zur Charakterisierung des denegare a. beiträgt, dass Cicero in seinen Part. orat. (18, 99)[1]) die datio actionis (formulae) und damit die denegatio a. (f.) ein „Urteil", ein *iudicium de constituendo ipso iudicio,* nennt.[2])

2. **„Klagrecht" und „Rechtsschutz".** Die denegatio a. wird wegen eines Mangels im Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen erlassen. Insofern kann man sie eine absolutio ab instantia, eine „Prozessabweisung"[3]), nennen. In dieser Funktion fehlt ihr die Eigenschaft einer Entscheidung zur Hauptsache.[4]) Die denegatio a. findet ferner statt, wenn eine Klagvoraussetzung fehlt, sei es eine solche Klagvoraussetzung, die wir heute zu den „prozessualen" Klagvoraussetzungen[5]) zählen würden, oder eine solche Klagvoraussetzung, die wir heute als dem Privatrecht zugehörig betrachten würden.[6]) Wird die actio wegen Fehlens einer prozessualen Klagvoraussetzung denegiert, so liegt zwar eine Sachentscheidung (im Gegensatz zur Prozessabweisung) vor, aber keine Entscheidung zur Hauptsache. Wir würden heute in solchem Fall von einer Abweisung der Klage „zur Zeit", einer Abweisung der Klage als „unzulässig" sprechen[7]). Wird die actio dagegen wegen Fehlens einer „materiellen" Klagvoraussetzung denegiert, dann liegt eine Entscheidung zur Hauptsache vor[8]), eine Entscheidung, die bezüglich des „Anspruchs" (im prozessualen Sinn),

---

[1]) Atque etiam ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio, cum aut sitne actio illi, qui agit, aut iamne sit . . . quaeritur. [2]) Vgl. Dirksen a. O. p. 511 § 2 (formula agendi = iudicium); Savigny VI S. 286. 287; Schultze § 20. — Etwas anders steht Pernice Z. 14 (27) S. 144. A. 1. [3]) Vgl. Hellwig I § 22 A. 5; Klagmöglichk. S. 53ff. [4]) Hellwig Anspruch S. 141ff. (bes. S. 143); I § 22 S. 144; Klagm. S. 56; Bülow S. 1ff.; S. 285ff., der aber zu Unrecht dem Prätor nur die Kognition über die Prozessvoraussetzungen gibt, alles Materielle dagegen, im Widerspruch mit den Quellen, ausschliesslich in das Verfahren vor dem Geschworenen verweist. — Gegen das letztere mit Recht Kleinschrod S. 24ff., 83ff.; Karlowa Zivilpr. S. 342; Schlesinger (Lit. S. 5. A. 1) S. 881ff. (bes. S. 898. 903f.); Planck (Lit. ebenda) S. 171ff. [5]) Hellwig Anspr. §§ 17. 18; I § 22 S. 145; Klagm. S. 63ff. [6]) Hellwig Klagm. S. 61f. [7]) Hellwig Klagm. S. 55. 63. 64; dazu Goldschmidt S. 19. A. 93. [8]) Hellwig a. O. S. 61f.

des „Prozessgegenstandes“[1]), sagt, dass er weder nach ius civile gerechtfertigt ist noch auch staatliche Anerkennung durch den Prätor verdient. In dieser Funktion entspricht sie der heutigen Abweisung der Klage als „unbegründet“.

Aber, wenn wir auch wissen, dass die denegatio a. der Prozessabweisung und der Abweisung einer Klage als unzulässig oder unbegründet entspricht, so haben wir damit ihren eigentlichen Kern weder untersucht noch auch erschöpft. Alle diese Bezeichnungen sind mehr oder weniger nur auf Grund und Umfang des ius denegationis abgestellt, enthalten aber nicht die Deutung der denegatio a. an sich. Um zu dieser Frage Stellung zu nehmen, müssen wir den Schwerpunkt unserer Betrachtung auf das Wort „actio“ legen. Nur so können wir hoffen, festzustellen, ob ein Prinzip dem denegare a. zu Grunde liegt[2]). Das führt uns aber mitten hinein in den noch immer nicht beigelegten[3]) Streit über die Bedeutung des Wortes „actio“, das wir nicht nur in ausschliesslich juristischen, sondern auch in rein historischen und rechtsgeschichtlichen Werken, in Reden, in Gesetzen, in Responsen, in Edikten, Senatuskonsulten u. a. m. zahllos finden. Es kann hier natürlich nicht der Ort sein, die einzelnen Ansichten samt der ganzen Literatur eingehend darlegen zu wollen. Wir werden uns darauf beschränken, unsere Ansicht auseinanderzusetzen, die sich im Wesentlichen auf die Ergebnisse der Forschung gründet, und nur, soweit es nötig erscheint, zu anderen Auffassungen kurz Stellung zu nehmen.

Wie viele Wörter der römischen Rechtssprache, so hat auch das Wort „actio“ verschiedene Bedeutungen, die unter einander

---

[1]) Über den synonymen Gebrauch s. Hellwig I S. 150ff.; a. O. S. 61.
[2]) Ablehnend Klingmüller S. 273. 274, der mit Rücksicht darauf, dass die denegatio a. einmal die Abweisung angebrachtermassen (absolutio ab instantia) umschliesst, weiter aber noch eine sachliche Prüfung der Streitsache (Sachentscheidung) ist, sagt: „Das sind wieder die eigentümlichen Gegensätze, die sich in dem Institut der denegatio a. vereinigen und die m. E. verbieten, ihr einen einheitlichen, selbständigen, rein prozessualen Charakter zuzuschreiben und ein allgemeines durchgreifendes Prinzip für ihre Ausübung aufzustellen.“ [3]) Vgl. Bekker Z. 24 (37) S. 344; Schott I S. 138ff.; II S. 77ff.

in einem gewissen Zusammenhange stehen[1]). So bezeichnet „actio" einmal privatrechtlich das subjektive Recht jemandes, von einem anderen eine Leistung zu verlangen, die ihrerseits wieder in einem Tun oder in einem Unterlassen bestehen kann[2]). Dies ist aber nicht so zu verstehen, als wenn die römische „actio" mit unserem Anspruch im Sinne von § 194 BGB. einfach identisch wäre. Denn für das, was das bürgerliche Recht heute mit „Anspruch" bezeichnet, haben die Römer keinen „unmittelbar" entsprechenden Ausdruck. Statt dessen haben sie den Begriff der actio. In diesem Begriff wird allerdings „ein Element mitgedacht, welches in unserem Begriff „Anspruch" nicht enthalten ist, das Element des Gerichts, des gerichtlichen Gehörs und des gerichtlichen Schutzes, der Möglichkeit der Erlangung rechtlicher Zuerkennung für das Begehren, welches man hat." Gleichwohl können wir sagen, dass in der „actio" unser Anspruch mitenthalten ist. Denn „bei weitem nicht immer, wenn die Römer von actio reden, denken sie das prozessuale Element in seiner spezifischen Bedeutung; in ausserordentlich häufigen Fällen hat es für ihre Vorstellung keine andere Bedeutung, als eben die, dass das Begehren rechtlich anerkannt sei"[3]).

„Actio" ist ferner — prozessual — das „Prozessmittel", die Prozessformel, die der Prätor dem Kläger gibt oder versagt, je nachdem er das Begehren des Klägers für gerechtfertigt anerkennt oder nicht. Insofern ist die actio danda der „Zwangsapparat zur Verwirklichung des in der actio quam habeo enthaltenen Rechts wider den Schuldner, Einsetzung des Geschworenen und bedingter Kondemnationsbefehl seitens des Magistrats"[4]).

Die Verschiedenheit dieser zwei Bedeutungen ergibt sich daraus, dass demjenigen, qui actionem habet, vom Prätor ausser-

[1]) Vgl. Windscheid-Kipp: Pand. I S. 189ff.; Bekker II c. 15; Z. 24 (37) S. 344; Brissonius p. 32ss.; Dirksen p. 14. — Man denke an die verschiedenen Bedeutungen von „edictum" (Wlassak Ed. S. 15ff.; Kipp Quellen S. 52); von „denuntiatio" (Kipp Litisd. S. 38ff.); von „appellare" (Brissonius p. 52. 53; Dirksen p. 32); von „intercedere" (Brissonius-Heineccius p. 644. 645); von „munus" (Brissonius-Heineccius p. 872 ss.; Dirksen p. 606. 607); von „obligatio", „cautio" u. a. m. [2]) Vgl. auch Bekker II 2. S. 176ff.; Kons. S. 284ff.; Seckel S. 359. A. 4. [3]) S. Windscheid-Kipp §§ 44. 122. [4]) Bekker I S. VII und passim; Iherings Jahrb. 49 (1905) S. 57; Z. 24 (37) S. 345; Seckel S. 363. A. 5.

dem noch die actio gegeben wird, bzw. gegeben werden muss, wenn der Berechtigte sein Recht auf Befriedigung realisiert sehen will. Damit sind aber die Bedeutungen von „actio“ nicht erschöpft[1]). „Actio“ ist weiterhin das abstrakte (eventuelle) publizistische Klagrecht, die sogenannte Klagmöglichkeit[2]), die sich in der Befugnis äussert, überhaupt eine Klage erheben zu können[3]). Das abstrakte Klagrecht gewährt lediglich das Recht, über einen Antrag einen Spruch zu verlangen, es ist das Recht auf Urteil überhaupt und steht auch demjenigen zu, der keine begründete Klage hat.

Schliesslich, abgesehen von gewissen anderen an dieser Stelle belanglosen Bedeutungen[4]), soll „actio“ noch das konkrete publizistische Klagrecht (im Sinne Hellwigs)[5]) bedeuten. Unter diesem „Klagrecht“ versteht die Theorie das Recht der Parteien, insbesondere des Klägers, auf Rechtsschutz. Hat der Kläger das „Klagrecht“, dann ist er berechtigt, eine ihm günstige Rechtsschutzhandlung in der Gestalt einer ihm günstigen Entscheidung zu verlangen. Das „Klagrecht“ richtet sich gegen den Staat, der sich in der Person des Jurisdiktionsmagistrats verkörpert, ist also

---

[1]) A. M. Wlassak in Pauly-Wissowa S. 305ff.; Ed. S. 39; I S. 42f.; II S. 10. 69. 357f.; Schott I S. 144; II S. 77. 78. — Gegen sie vgl. Dirksen p. 14; Bekker Z. 15 (28) S. 145ff.; 24 (37) S. 145ff.; auch Seckel S. 326. A. 2. [2]) Gegen diesen Ausdruck Goldschmidt S. 11f. — Schutz (S. 26) will die abstr. Klageberechtigung nicht „actio“ nennen. Seine Ansicht wird widerlegt durch Wendungen, wie „acturus“, „agere vult“ etc. [3]) Vgl. z. B. Hellwig Anspr. S. 146. 147; Klagm. S. 3 A. 4; S. 6. 25f. 46f.; Klingmüller S. 275. 276. A. 1. (mit Berufung auf Cic. in Verr. act. sec. III 65, pro Caec. 33. 97, l. 51. D. 44, 7 u. pr. I. III. 6; actio = publizistisches Recht gegen den Prätor auf Gewährung von Judex und Formel); Windscheid-Kipp § 122. A. 6 u. 7; Goldschmidt S. 11ff. („Das abstrakte Klagrecht = Anspruch auf Entscheidung ist nicht eine „Klagmöglichkeit,“ sondern unter allen Umständen ein wirkliches subjektives Recht.“) [4]) Z. B. „actio“ = instrumentum debendi, monumentum probatorium (s. Dirksen p. 14 §§ 5—8); = litiscontestatio (Gai. IV. 11; s. Sohm S. 270. A. 1; Wlassak II S. 357); = legisactio (s. Wlassak I z. B. S. 72ff.; II S. 357f.); = Privatprozess (s. Wlassak II S. 357). [5]) Hellwig Anspr. S. 145ff.; I §§ 22ff.; Klagm. bes. S. 42ff.; Windscheid-Kipp § 122. A. 6; auch Schutz S. 25ff.; Dirksen p. 14 § 3. — Gegen die Aufstellung dieses Begriffs überhaupt Wlassak in Pauly-Wissowa S. 309 (III 40).

ein publizistisches Recht.[1]) Es ähnelt dem von Wach geschaffenen sogenannten Rechtsschutzanspruch,[2]) weist aber doch in vielen Beziehungen Abweichungen auf. Das Klagrecht (i. S. Hellwigs) richtet sich nur gegen den Staat[3]) und besteht lediglich gegenüber dem Beklagten, nicht gegen den Beklagten.[4]) Ein unmittelbarer prozessualer Verkehr zwischen den Prozessparteien derart, dass sie ihre Erklärungen, Anträge usw. gegen und aneinander richten, ist also nicht vorhanden. Das Klagrecht besteht auch nicht, wie vielfach angenommen wird,[5]) gegen Gericht und gegen Beklagten in der Weise, dass der Magistrat zum „ius dicere" und der Beklagte zum „accipere iudicium" verpflichtet wäre.[6]) Denn, was im Klagewege kraft des konkreten publizistischen Klagrechts begehrt wird, das kann der Staat allein vermöge seiner obrigkeitlichen Gewalt gewähren. Dass der Beklagte die gegen ihn gerichtete staatliche Handlung dulde und achte, ist nicht der Inhalt eines dem Klageberechtigten gegen den Beklagten zustehenden Rechts, sondern die unmittelbare Folge davon, dass er derselben staatlichen Gewalt untertan ist.[7])

Das „Klagrecht" ist aber nur vorhanden, wenn sowohl die Prozessvoraussetzungen (z. B. Zuständigkeit des Gerichts) als auch die „prozessualen" Klagevoraussetzungen (z. B. Zulässigkeit des zivilen Rechtsweges) und die „materiellen" Klagevoraussetzungen (z. B. Gültigkeit des behaupteten Rechtsverhältnisses, Fälligkeit des Anspruchs) gegeben sind. Ist dies nicht der Fall, dann wird dem Kläger der Rechtsschutz in der von ihm begehrten Form versagt.

---

[1]) Über die Stellung im System s. Goldschmidt S. 6ff. (Es gehört weder dem Privatrecht noch dem Prozessrecht an, sondern dem „materiellen Justizrecht"); dens.: Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb. Ein Beitrag zur Lehre von den Vollstreckungsgrundlagen (München 1910). S. VI. A. 7. u. Lit. — Dagegen Hellwig II S. 10; Stein ZPO. (Tübingen 1911). Vorb. zu § 253 (IV). [2]) Wach I S. 18ff.; Wenger § 17. — Vgl. dazu Hellwig Anspr. S. 145 A. 1; I S. 148. 149; Windscheid-Kipp a. O. [3]) Hellwig Anspr. S. 149. A. 14; I S. 148f.; Klagm. bes. S. 3 A. 5 u. Lit.; Langheineken Urteilsanspr. (1899) S. 42. 43 u. Lit.; Goldschmidt Justizr. S. 4 A. 11; Windscheid-Kipp a. O. [4]) So Weismann I S. 57. 65ff. (bes. S. 69). [5]) Wach I S. 19f. A. 16; Feststellungsanspr. S. 31f.: Bekker I S. 15; Z. 15 (28) S. 145ff. (bes. S. 188f.); Z. 24 (37) S. 344ff.; Sohm S. 270. A. 2. [6]) Vgl. dagegen Schott I S. 142f. u. Lit. [7]) Hellwig I § 22 A. 19—23.

Abstraktes und konkretes Klagrecht sind auch im römischen Prozess streng zu scheiden. Denn das abstrakte Klagrecht verleiht als „allgemeine Möglichkeit" nur ein Anrecht auf rechtliches Gehör in iure und des weiteren auf das ius dicere des Magistrats, nicht aber auf datio formulae, litiscontestatio und iudicium ipsum. Zu diesem Verlangen bedarf es des Vorhandenseins des konkreten Klagrechts.[1])

Aber damit ist das letzte Wort bezüglich der actio = konkretes publizistisches Klagrecht noch nicht gesprochen. Das diesbezüglich Gesagte wird in gewisser Hinsicht einzuschränken und daher folgendes zu bemerken sein.

Es ist charakteristisch für das römische Zivilrecht (Gegensatz: öffentliches Recht), dass seine Normen für den Prätor nicht unbedingt zwingend sind. Denn wie der Prätor Ansprüche, denen die gesetzliche Anerkennung versagt ist, durch datio a. zu schützen vermag, so kann er gesetzlich anerkannten Ansprüchen durch denegatio a. die prozessuale Anerkennung versagen. So kommt es, dass, während wir heute unter „Ansprüchen" (im Sinne des bürgerlichen Rechts) grundsätzlich nur klagbare Ansprüche verstehen,[2]) im römischen Recht die Verpflichtungsverhältnisse, selbst wenn sie gesetzlich geregelt sind, nicht schon an sich zu staatlich anerkannten Rechten werden, sondern erst dann, wenn und soweit der Prätor die aus den Verpflichtungsverhältnissen hervorgehenden Ansprüche mit einer actio ausstattet. (S. o. S. 41 A. 2.) Das römische Gesetz enthielt also nur eine „Regelung der Verpflichtungsverhältnisse ohne unbedingte staatliche Anerkennung." Es bedeutete daher, gleich den Senatuskonsulten, nur eine „Anweisung für den Prätor, bestimmte Ansprüche durch Gewährung der actio mit der staatlichen Anerkennung zu versehen, ohne ihn dazu zu verpflichten". „Das staatlich anerkannte Recht ist also nur prozessual, während die materiellen Elemente ganz in den Hintergrund treten, da sie nur Inhalt des Anspruchs sind." Wie Windscheid ausführt,[3]) ist die actio nicht etwas Abgeleitetes, sondern etwas Ursprüngliches. Sie ist das *ius persequendi iudicio, quod sibi debetur* (l. 51, D. 44, 7; pr. I. 3, 6). „Die vom Prätor gewährte

[1]) Anders Klingmüller S. 275. 276. A. 1. (S. o. S. 101. A. 3). [2]) Vgl. Bekker Z. 15 (28) S. 201; Windscheid-Kipp I § 44 A. 1. [3]) Windscheid S. 3ff.

actio versieht den Anspruch mit staatlicher Anerkennung und macht die Tatsachen nur insoweit rechtlich relevant, als der Anspruch auf ihnen beruht. Soweit man also in Rom materielles Recht annehmen kann, beruht es auf dem Prozessrecht und besteht nur durch dasselbe und in demselben. Recht ist nur das Prozessrecht."[1]) Dies hängt, wie Schutz meint,[2]) mit folgenden Umständen zusammen.

Das Aktionenrecht entstand daraus, dass aus den einzelnen Entscheidungen die Regel abstrahiert wurde in der Weise, dass für gewisse wiederholt erhobene Ansprüche Bejahung und Verneinung bereits im voraus verheissen wurde. Dies konnte nur dadurch geschehen, dass das Gesetz sagte: wenn jemand einen Anspruch behauptet, und aus den behaupteten Tatsachen hervorgeht, dass der Anspruch berechtigt ist, werde ich ihm ein iudicium konstituieren und ihm damit die Gelegenheit geben, die behaupteten streitigen Tatsachen zu beweisen; und wenn die behaupteten Tatsachen in iudicio bewiesen werden, werde ich den geltendgemachten Anspruch anerkennen. „Das Aktionenrecht gewährte also nicht für tatsächlich bestehende, sondern schon für behauptete Ansprüche das iudicium. Eine actio erhält daher in Rom für seinen Anspruch nicht, wer einen berechtigten Anspruch hat, sondern, wer auf Grund der behaupteten Tatsachen den Anspruch hat. Ob die Tatschen wirklich vorliegen, ob also der Anspruch berechtigt ist, darüber entscheidet der Prozess, d. h. das Verfahren in iudicio".[3])

So bestechend die Darlegung von Schutz auf den ersten Blick erscheint, — sie erweist sich bald als zu eng, da sie lediglich auf den privatrechtlichen (materiellrechtlichen) Anspruch zugeschnitten ist. Sie passt nicht auf diejenigen Fälle, in denen die actio denegiert wird, obgleich aus den „behaupteten Tatsachen" hervorgeht, dass der Kläger einen berechtigten Anspruch hat. So wird z. B. die actio denegiert, wenn der Beklagte die Forderung des Klägers anerkennt, und der Kläger gleichwohl auf datio a. besteht, oder wenn der Beklagte zur Zahlung bereit zu sein erklärt, und der Kläger trotzdem die Gewährung der Formel begehrt

[1]) Schutz S. 26. 27 (im Anschluß an Windscheid und Bekker). [2]) Schutz S. 30f. [3]) Ähnlich Fischer: Recht und Rechtsschutz (Berlin 1889) S. 65; vgl. dazu Schutz S. 31. 32.

(s. o. S. 23f. 60f.). Die denegatio a. erfolgt hier nicht, weil aus den behaupteten Tatsachen ein Anspruch nicht hervorgeht (denn der Anspruch wird ja durch das Anerkenntnis etc. des Beklagten gerade liquide!), sondern weil ein Rechtsschutzinteresse fehlt: der Kläger erhält, was er überhaupt begehrt, bereits in iure. Die constitutio iudicii erscheint unnötig, wenn nicht überflüssig. Die „actio" muss also noch etwas weiteres sein, als der blosse Anspruch = klagbares Recht = „Rechtsanspruch"[1]). Diese weitere Bedeutung ist, wie oben hervorgehoben, das konkrete Klagrecht, aber in der Gestalt, die es durch die Schutz'schen Ausführungen bekommt. Dieses Klagrecht steht und fällt mit dem Vorhandensein der Prozess- und Klagvoraussetzungen („Klagbarkeitsvoraussetzungen")[2]). Also werden wir sagen: rechtfertigen die in iure behaupteten Tatsachen das konkrete Klagrecht, dann kommt es zur datio formulae und constitutio iudicii. Andernfalls wird die actio denegiert[3]). Das bedeutet: das konkrete publizistische Klagrecht ist, soweit es sich um seine Präexistenz vor dem Prozesse und um seine Durchführung im Prozesse handelt, kein Anspruch gegen den Staat auf günstige Rechtsschutzhandlung, sondern vorerst nur ein publizistisches Gestaltungsrecht[4]), nämlich das Recht gegenüber dem Staat, durch die Vornahme einer Reihe von Prozesshandlungen schliesslich den Anspruch gegen den Staat, die staatliche Pflicht zur günstigen Rechtsschutzhandlung zu begründen[5]). „Ohne den Begriff des Gestaltungsrechts ist bei der Frage nach dem Wesen der actio ebensowenig auszukommen wie beim modernen Rechtsschutzanspruch"[6]). Insofern sind die Theorien vom konkreten Rechts-

---

[1]) So nennt Schutz (S. 29) den mit dem „gesetzlichen Anerkennungsstempel der actio" versehenen klagbaren Anspruch. [2]) Vgl. Goldschmidt S. 7 A. 20—22; S. 15 A. 93. [3]) In diesem Sinne ist wohl auch Kipp: Heinrich Dernburg. Ein Vortrag (Leipzig 1908) S. 25, wo er über das Alter der einzelnen Ediktssatzungen spricht und die Untersuchung darüber mit dem Verhältnis des materiellen Justizrechts zum Privatrecht in Berührung bringt, zu verstehen. [4]) Der Begriff des Gestaltungsrechts ist nicht auf das Gebiet des Privatrechts beschränkt, sondern spielt auch im öffentlichen Recht (Zivilprozess etc.) eine Rolle (s. Seckel Gestaltungsrechte S. 211). [5]) Vgl. Seckel Gestaltungsrechte S. 210. 211. 249. A. 1; Haftung S. 363 A. 5; Goldschmidt S. 9. 10. [6]) Seckel Haftung S. 363 A. 5.

schutzanspruch, nach denen die Klagmöglichkeit nicht durch Klagerhebung, sondern schon vorher durch bestimmte Tatbestände zum Klagrecht konkretisiert wird, zu modifizieren[1]). Die denegatio a. ist mithin die Verneinung[2]) dieses so genannten und so gearteten „Klagrechts"[3]).

Was die datio a. anlangt, so wird sie zwar gewöhnlich (zutreffend) als Gegenstück der denegatio a. bezeichnet, aber sie ist nicht ohne weiteres die Bejahung des Klagrechts, schon deshalb nicht, weil sie eine bloss hypothetische Entscheidung ist, obgleich sie die Bedingungen für die Erteilung des Rechtsschutzes in einer den Geschworenen bindenden Weise im allgemeinen feststellt und insofern, wenn auch nicht ein „Urteil in der Sache", so doch einen „Relevanzbescheid" bildet und zwar über die „Zulässigkeit der Sachentscheidung"[4]). Damit ist wohl vereinbar, dass der Prätor durch die datio a. zu erkennen gibt, dass nach seiner aus der Verhandlung in iure gewonnenen Überzeugung das Klagrecht existiert, d. h. der Kläger den Rechtsschutz verdient[5]). Die datio formulae enthält die Bejahung des Rechts auf prozessualen Schutz zwecks Durchsetzung des zu Grunde liegenden Privatrechts[6]), natürlich nur soweit der Prätor die Sach- und Rechtslage zu überschauen vermag[7]). Im Gegensatz

[1]) Vgl. auch Schutz S. 34 A. 3. [2]) Dies bekämpft Wach I S. 26. 27, der die datio a. „Zulassen" und die denegatio a. entsprechend „Nichtzulassen" des Rechtsschutzanspruchs nennt. — Das ist irrig mit Rücksicht auf unsere Auffassung des Rechtsschutzanspruchs als Gestaltungsrechts. Über dessen Zulassung kann der Prätor nicht bestimmen. Denn auch nach Wach besteht der Rechtsschutzanspruch bereits vor dem Prozess. Ausserdem kann trotz datio a. die Klage in iudicio zu Falle kommen; also kann die datio a. nicht „Zulassen" des Rechtsschutzanspruchs (= Anspruch auf günstiges Urteil) bedeuten. — Gegen die Auffindung des Prinzips wendet sich Klingmüller S. 168. [3]) S. Dirksen p. 14 (§ 4 III): denegat actionem = exercitium iuris experiundi impetrationem cuiuscumque remedii iuris. [4]) Wach a. O. [5]) Wenigstens unter normalen Verhältnissen, die hier aber allein interessieren. Denkbar ist nämlich immerhin, dass der Prätor die Formel gibt, aber unter Einschränkungen, die unbedingt zum absolvere des Beklagten führen müssen (s. o. S. 88). Das ist nicht einmal eine provisorische Bejahung des Rechtsschutzes, sondern eher eine Verneinung. Äusserlich ist es aber jedenfalls „datio actionis". [6]) S. Hellwig I S. 9 A. 3; Anspr. S. 147 A. 9. [7]) So wohl auch Hellwig (Zivilpr. a. O.), wenn er

dazu ist die non datio a. eine Entscheidung, die definitiv — allerdings mit der Möglichkeit erneuter Klagerhebung — negiert, dass der Kläger auf dem von ihm gewünschten Wege den Rechtsschutz geniesst und damit zu seinem Rechte kommt. Die provisorische Bejahung des Klagrechts dokumentiert sich äusserlich durch die Gewährung der Formel, die Verneinung des Klagrechts durch Versagung der Formel. Gewährung und Verweigerung der Formel[1]) sind aber immer nur, woran festzuhalten ist, eine Konsequenz der Bejahung oder Verneinung des publizistischen Klagrechts in dem oben erwähnten Sinn. Ob der Geschworene im Falle der datio a. dem Kläger auch tatsächlich zu seinem Rechte verhilft, d. h. den Rechtsschutz in Gestalt eines ihm günstigen Urteils gewährt, hängt von der Untersuchung und ihrem Ausfall in iudicio ab, insbesondere davon, ob die in iure behaupteten Tatsachen bewiesen werden. Es ist also die Beantwortung der Frage, ob der Kläger das Klagrecht, das durch die datio a. einstweilen anerkannt ist, hat, erst am Ende des Verfahrens apud iudicem möglich. Das entspricht aber ganz dem Wesen des Prozesses mit seiner Ungewissheit. Der Prozess soll ja erst die bestehende Ungewissheit und Unsicherheit konkreter Umstände beseitigen[2]). — Meist wird die sententia allerdings eine blosse Wiederholung der in der Formel bereits implicite enthaltenen Entscheidung des Prätors sein.

Wie oben (S. 103) bereits hervorgehoben worden ist, haben die Parteien, sowie sie in iure erscheinen, dem Magistrate gegenüber zunächst das Recht lediglich auf rechtliches Gehör und des weiteren auf das „ius dicere". Sie sind nicht befugt, in allen Fällen die datio formulae, constitutio iudicii und damit die sententia iudicis zu verlangen. Wenn auch gewöhnlich in iure und in iudicio verhandelt wird (l. 51 D. 44, 7; pr. I. 3, 6), so ist dies

---

sagt, dass durch die Formelerteilung vom Prätor implicite ausgesprochen wird, dass dem Kläger bei Wahrheit der von ihm aufgestellten Behauptungen das Recht auf prozessualen Schutz zwecks Durchsetzung des Privatrechts zustehe, dass er also implicite jenes Privatrecht als vorhanden anerkennt; vgl. dens. a. O. S. 149 A. 24; Sohm S. 267; Keller S. 298f. [1]) Man kann auch mit Sohm (S. 267 A. 4) sagen: „Versagung der Litiskontestation". [2]) Vgl. Weismann I S. 70 A. 11 Nr. 4; Goldschmidt S. 10 A. 38. 39; Schutz S. 23 A. 1.

doch nicht die einzige Art zu prozedieren. Bisweilen besteht der ganze Prozess in Rom aus der Verhandlung vor dem Prätor und dem Erlass eines dieselbe beendigenden endgültigen, thetischen Dekretes, sodass es zur datio formulae und Fällung der sententia gar nicht erst kommt. Es liegt dann ein blosses „audire" seitens des Magistrats vor, womit aber dem Anspruch der Parteien auf Justizgewährung bereits Genüge getan wird. Denn nicht nur das Verfahren vor dem Geschworenen ist „Prozess", sondern auch das agere bis zur datio oder denegatio a.[1]) (cf. l. 26 § 6 D. 4, 6; l. Rubr. c. 23 *„ius dicito, decernito . . ."*). Wenn aber der Prätor sich mit dieser Prozessform des „audire" begnügen will, dann müssen gewisse Bedingungen dafür erfüllt sein. Es muss ein Mangel in den Prozess- oder in den Klagevoraussetzungen aus den Parteibehauptungen liquid werden. Andernfalls haben die Parteien, vornehmlich der Kläger, einen Anspruch auf dari formulam.

Es ist schliesslich noch auf die Ansicht von Schott[2]) über die Bedeutung der denegatio a. einzugehen. Schott bestreitet, dass die denegatio a. die Prüfung der Klagbarkeit oder der Aktionsmässigkeit oder der Zulässigkeit des Prozesses bezwecke; ferner, dass sie über das Bestehen oder Zulassen eines „Rechtsschutzanspruchs" entscheide. Schott sucht nun nach dem Prinzip, nach welchem der Prätor bei der Prüfung des privatrechtlichen Streitverhältnisses im Jus verfuhr, und findet es im *officium praetoris, lites deminuere* (l. 21, D. 12, 1). Er kommt auf diesem negativen Wege zu der Position: „Die denegatio a. ist eine „(Vor-)Prüfung der Verhandlungswürdigkeit" und bezweckt lediglich, die Streitsachen, die einer weiteren vollen Verhandlung in iudicio nicht würdig sind, zu scheiden von denjenigen, die des Judiziums würdig sind." — Nehmen wir einmal an, der von Schott gewählte Ausdruck würde passen, dann wäre erstens eine Streitsache einer weiteren Verhandlung nicht „würdig", wenn eine Prozess- oder prozessuale Klagvoraussetzung fehlt. Hier ist die Klage an sich schon aus rechtlichen Gründen „unzulässig". Sie würde zweitens weiterer Verhandlung unwert sein, wenn die Verhandlung über

[1]) Ebenso Schott I S. 143. 145; II S. 19. — A. M. anscheinend Schutz S. 30 (s. o. S. 104 A. 3). [2]) Schott I S. 138ff. 141. 143. 145; II S. 19. 20. 23. 24. 27ff.

den eingeklagten Anspruch infolge mangelnder privatrechtlicher Begründung und Wirksamkeit aussichtslos ist. Dann ist die Klage an sich zwar zulässig, aber andre Gründe bringen sie zu Fall.[1])

Nach unserem Dafürhalten wird der Ausdruck: die denegatio a. prüft und verneint die Verhandlungswürdigkeit, wie sich aus der Gegenüberstellung ergibt, nur dem zweiten Punkt gerecht. Eine Streitsache kann nur dann eines weiteren Prozessierens nicht „würdig" genannt werden, wenn materielle Mängel in iure bereits erwiesen sind. Im ersten Fall, beim Mangel einer unumstösslichen Prozess- oder prozessualen Klagvoraussetzung, handelt es sich nicht mehr um blosse Verhandlungsunwürdigkeit, sondern um eine Verhandlungsunmöglichkeit, -unfähigkeit und unzulässigkeit. Die Klage ist rechtlich unstatthaft; sie kann nicht zum Austrag gelangen, wie man schon aus den Folgen ersieht, die ein ohne Rücksicht auf derartige Mängel stattfindendes Verfahren hat. Darum ergeht die denegatio a. Man kann aber dasjenige, was nicht geschehen soll und darf, nicht mehr als des Geschehens „unwürdig" bezeichnen. Und wenn wir wirklich von der Einseitigkeit der Meinung Schotts absehen, dann gibt seine Deutung der denegatio a. doch immer noch nicht eine Begriffsbestimmung derselben, sondern nur den Grund und Zweck, weshalb bezw. wozu sie vom Prätor erlassen wird, sei es auch ein „Prinzip", das Schott, im Gegensatz zu seinen Vorgängern in der Literatur, für die denegatio a. errungen und gewonnen hat. Was sie wirklich ist, erfahren wir darum doch nicht.[2]) Das „Prinzip" der „Verhandlungswürdigkeit" spielt bei der denegatio a. ganz gewiss eine grosse Rolle. Aber es ist nicht das einzige Prinzip, das der denegatio a. das Charakteristische verleiht.[3])

VIII. Denegare iurisdictionem.

Eine für den Kläger erheblich härtere Entscheidung als das denegare actionem ist das denegare iurisdictionem. Dieses findet sich in den Quellen ausdrücklich nur ein einziges Mal und zwar, weil der Kläger einem prätorischen Dekrete den Gehorsam ver-

[1]) Sintenis S. 388ff. [2]) Gegen die Aufstellung dieses „Prinzips" vgl. Schutz S. 37ff.; Klingmüller S. 273. 274. [3]) Klingmüller S. 275 meint, der Begriff der „Verhandlungswürdigkeit" sei wohl nicht zu bemängeln und praktisch benutzbar, „ohne dass besonderer Vorteil damit erreicht wäre".

weigert (l. 26 § 6 D. 4, 6): . . *sed et si, dum decreto praetoris non obtemperat, iurisdictionem ei denegaverit, non esse restituendum Labeo scribit* (add.: *si actio exempta esse dicetur). idemque si ex alia iusta causa non fuerit ab eo auditus.*[1]) Wird nämlich dem Kläger die Jurisdiktion versagt, so wird er mit seiner Klage erst gar nicht gehört. Es kommt also nicht zum agere in iure und zum edere actionem.[2])

Das denegare iurisdictionem gehört unbedingt, wie aus l. 26 § 6 D. 4, 6 hervorgeht, zum „non audire". Das „non audire" ist identisch mit „ius non dicere" und entspricht etwa dem Begriff der Rechtsverweigerung und -verzögerung. An sich ist durch die denegatio iurisdictionis dem Kläger, da ihm rechtliches Gehör nicht zuteil geworden ist, etwas Unrechtes geschehen. Das lässt sich daraus entnehmen, dass ihm gegen etwaige durch das non audire hervorgerufene Nachteile (l. 26 § 6 D. 4, 6 erwähnt die Klagenverjährung) die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt wird. Wird dagegen die Rechtspflege versagt, weil der Kläger dem Gebote des Prätors nicht die schuldige Folge leistet, also dem Prätor eine iusta causa (vgl. das „alia"!) zum denegare iurisdictionem gewährt, oder wird der Kläger aus einem anderen, ebenso berechtigten Grund nicht gehört, dann ist ihm die Rechtspflege, die Justiz gewährt worden, freilich in einer für ihn nachteiligen Form. Aber mit solchem „non audire" ist nichts Unrechtes geschehen. Die restitutio in integrum wird unter solchen Umständen versagt. Man stelle sich den Tatbestand aus l. 26 § 6 D. 4, 6 vor: der „gute Magistrat" (und nur dessen Tun interessiert hier!)[3]) ist bestrebt, den Wünschen der Parteien nach Möglichkeit zu entsprechen, und gibt sich die redlichste Mühe, den Prozess in Gang zu bringen. Der Kläger weigert sich jedoch beharrlich, dem magistratischen Gebot oder Verbot nachzu-

[1]) Zum Vergleich sei Liv. 39, 17 und 18 herangezogen: adducti ad consules fassique de se nullam moram iudicio fecerunt. ceterum tanta fuga ex urbe facta erat, ut, quia multis actiones et res peribant, cogerentur praetores T. Maenius et M. Licinius per senatum res in diem tricesimum differre . . . eadem solitudo, quia Romae non respondebant, nec inveniebantur quorum nomina delata erant, coegit consules circa fora proficisci ibique quaerere et iudicia exercere. [2]) S. o. S. 17. [3]) Bekker, Z. 27 (40) S. 19.

kommen. Der Prätor weiss sich nicht anders zu helfen, als sich des Klägers mittels der denegatio iurisdictionis zu entledigen. Es kommt zum denegari iurisdictionem. Sollte dies nicht Rechtspflege, Justiz im wahrsten Sinne sein?!

Wir lernen aus der Stelle folgendes.

Der Magistrat hat mit der denegatio iurisdictionis nicht etwas vollführt, was er „formell" tun konnte, aber nicht tun sollte. Er hat mit diesem Dekrete nicht bloss eine ihm zustehende Befugnis ausgeübt, sondern auch eine Pflicht der staatlichen Rechtspflege gegenüber erfüllt. Eine Restitution wird gegen ihre Folgen, wenn sie ex iusta causa erlassen ist, nicht gewährt. Denn der Kläger hat seine Abweisung aus irgend einer Ursache verschuldet. Will der Kläger zu seinem Ziel kommen, so wird es an ihm liegen, seinen (unbegründeten) Widerstand aufzugeben und sich dem prätorischen Dekret zu fügen.

Das denegari iurisdictionem bietet, wenn der Kläger die actio nicht ediert, die einzige Möglichkeit, den Kläger zurückzuweisen. Denn sobald die editio actionis stattgefunden hat, ist allein entsprechend ein denegari actionem denkbar[1]). Ein denegari iurisdictionem erscheint schon deshalb ausgeschlossen, weil im „edere actionem" bereits ein „audire" enthalten ist, das denegari iurisdictionem aber ein „non audire" in sich schliesst. Da der Prätor ohne editio actionis nicht prozedieren kann, so gehört die denegatio iurisdictionis wegen mangelnder editio a. ebenfalls zum non audire ex iusta causa, d. h. eine restitutio in integrum findet nicht statt.

Das denegari iurisdictionem gehört nur dann zur Rechtspflege, zur Justizgewährung (im Gegensatz zur Rechts-, Justizverweigerung), wenn die Jurisdiktion ex iusta causa (z. B. Ungehorsam des Klägers gegenüber einem prätorischen Dekret, mangelnde Edition der Klage) denegiert wird. Anders bei der denegatio actionis. Diese ist begrifflich, an sich, stets Rechtspflege, weil sie das Moment der Abweisung ex iusta causa bereits enthält.

An den ganzen Vorgang der denegatio iurisdictionis knüpfen sich „keine erheblichen weiteren Rechtsfolgen"[2]). Es tritt, wie bei der denegatio a., keine Klagenkonsumtion ein. Der Kläger

---

[1]) S. o. S. 19. — [2]) Bekker, Z. 27 (40) S. 19.

ist daher berechtigt, apud eundem vel apud sequentem praetorem die Klage von neuem zu erheben.

Wir haben oben (S. 37 f.) gesehen, dass die denegatio iurisdictionis nicht das einzige Zwangs- und Strafmittel für den Ungehorsam des Klägers bedeutet, sondern dass ebensooft gegenüber dem Ungehorsam des Klägers (z. B. Gebot der Kautionsstellung) die „actio" nur denegiert wird. Wie ist dies mit l. 26 § 2 D. 4, 6 in Einklang zu bringen? — Da das denegare a. eine editio a. voraussetzt und das denegare iurisdictionem nach erfolgter editio a. unmöglich ist, so muss es sich in l. 26 § 2 D. 4, 6 um ein decretum praetoris handeln, das vor der editio a. liegt. Nach erfolgter editio a. ist ein „non audire" (denegari iurisdictionem) schlechthin undenkbar[1]).

IX. Zweck der denegatio a.

Es fragt sich nun, zu welchem Zweck die Römer dem Prätor neben dem ius dationis das ius denegationis verliehen haben; was sie bewogen haben mag, das denegare a. in ihren Prozessorganismus aufzunehmen. Denn wenn auch das ius denegationis das Korrelat des ius dationis (i. e. S.) ist und so einen integrierenden Bestandteil des ius dationis (im weiteren Sinne) bildet, so hätte die Römer nichts hindern können, den Prätor zum blossen „Automaten"[2]) zu machen, der den Parteien unterschiedslos und mechanisch das „Kärtchen" (d. h. die formula actio) zu geben hatte[3]).

[1]) Strafmittel wegen Renitenz des Klägers, die dem Beklagten zur Seite standen, waren wohl eine actio iniuriarum wegen schikanöser Ladung (cf. l. 38 D. 6, 1), eine actio in factum poenalis „quanti ea res est" (l. un. D. 2, 3, bes. pr. § 3) und andere Mittel (s. o. S. 17 f.). Vgl. Lenel: Ed. S. 61 A. 1; S. 60 A. 4; Keller A. 756, 757 (S. 329, 330); Wenger in Pauly-Wissowa p. 1961. — Unabhängig davon ist das Recht des Klägers, auf die Fortsetzung des Prozesses zu verzichten, wenn er seine Wünsche nicht erfüllt sieht in iure. Vgl. Bekker a. O. S. 17, 19, 23. [2]) Bekker Z. 24 (37) S. 370, 373. [3]) Man ziehe zum Vergleich unseren heutigen Zivilprozess heran (S. Schott I S. 1 ff.; S. 156 ff. bes. S. 157 A. 3). — Mit Bekker (Z. 27 [40] S. 14) ist vielmehr vom römischen Zivilprozess zu sagen, dass die Parteien an der Behandlung aller der Fragen, die in iure auftauchen mögen, nichts ändern können, ohne dass der Prätor sein Ja und Amen dazu sagte.

Der Hauptgrund für die Einführung der denegatio a. scheint der gewesen zu sein, dass es bei den Römern noch bis in die Kaiserzeit hinein keine Prozesskosten und Gerichtsgebühren gab, sondern dass die Rechtspflege kostenlos erfolgte[1]). Dieser Zustand dauerte etwa bis zum Ende der klassischen römischen Rechtswissenschaft, d. h. bis zum Ausgange des dritten Jahrhunderts. Erst unter Konstantin dem Grossen werden Gebühren für den Staat und Sporteln für die Richter eingeführt[2]). So ideal dieser Zustand auch war, weil er, vom pekuniären Standpunkt aus, den Reichen vor dem weniger Bemittelten oder Unbemittelten nicht bevorzugte, so musste man doch mit der Erfahrung rechnen, dass völlige Unentgeltlichkeit der Rechtsverfolgung nur zu leicht zu Schikanen verführt. Denn die Prozesssucht der Menschen ist eine Tatsache. Nicht immer ist es böser Wille, der zu unbegründetem Klagen und Bestreiten verleitet. Oft genug bewirken blinde Leidenschaft und Unüberlegtheit, dass ein Mensch die Sachlage nicht klar und ruhig überschaut und sich in einseitige Auffassungen „verrennt". Nicht zum kleinsten Teil ist auch die Freude über den eigenen Sieg und mehr noch über das Unterliegen des Gegners das Prozessmotiv, mag diese Freude auch mit einem unverhältnismässigen Aufwand von Kosten, Zeit, Mühe und Aufregungen erkauft sein. Von solchen Gedanken und Erwägungen geleitet, gelangt man zur Normierung von Gerichtskosten; sie sind zwar ein schlechtes, bisweilen ungerechtes, aber immerhin nicht ganz unbrauchbares Mittel, um die allzu menschliche Prozesslust in gemässigten Schranken zu halten. Wenngleich die Römer ein sehr stark ausgeprägtes Rechtsgefühl besessen haben[3]), so hat auch dieses das Aufkommen solcher

---

[1]) Die Römer nehmen in dieser Hinsicht keine Sonderstellung unter den Völkern ein. Bei jedem Volk wird in den ersten Stadien seiner Entwicklung, wie dies den primitiven Verhältnissen vollkommen entspricht, der Rechtsschutz unentgeltlich erteilt. [2]) Vgl. Bethmann-Hollweg III S. 200; Schott: Armenr. S. 2ff.; I S. 145ff.; II S. 20; Klingmüller S. 276. — Abgesehen von der unter Caligula aus finanziellen Interessen eingeführten quadragesima litium (vgl. Schott: Armenr. S. 6 A. 7). — A. M. in vielen Punkten Merkel III S. 123ff., bes. S. 125. 126. 128. 131. [3]) Vgl. Schott I S. 140; II S. 9; Ihering I S. 327ff., der von einer „Prädestination" der Römer für das Recht spricht.

Missbräuche und Auswüchse nicht zu verhindern vermocht. „So gross und ideal war es doch nicht." Denn die Römer waren „Menschen wie wir und vor allem keine idealeren Menschen".

Ausser der denegatio a. hatten die Römer andere Mittel zur Verminderung und Verhütung aussichtsloser, schikanöser Prozesse.[1]) Diese Mittel waren aber mehr oder weniger nur auf den Geldbeutel abgestellt und daher von ziemlich formaler Bedeutung. Denn der Reiche, der genügendes Geld hatte, um jene Nachteile zu riskieren, durfte jederzeit, auch leichtfertig prozessieren. Der Arme dagegen durfte sich den Gefahren so leicht nicht aussetzen. Unterlag er, so drohten ihm unter Umständen schlimmere Nachteile als der blosse Verlust seines Rechts,[2]) und ein Armenrecht, wie es unserer heutigen Reichszivilprozessordnung eigen ist, kannte die damalige Zeit noch nicht. So mögen die Römer neben den anderen Mitteln auch zur Einführung der denegatio a. gelangt sein. Damit wurde ein Ausgleich zwischen Reich und Arm ermöglicht. Jetzt kam es nicht mehr so sehr darauf an, wer das Geld hatte, sondern darauf, wer den Rechtsschutz verdiente.

Die Römer kannten die Bedeutung des denegare a. Sie wussten, welchen Einfluss auf die Rechtspflege und -bildung sie mit dem ius denegationis dem Prätor anvertrauten. Das beweisen die Aussprüche der römischen Juristen, insbesondere die Worte Julians in l. 21 D. 12,1: *ad officium praetoris pertinet lites deminuere.* Freilich ist auch hier de iure die Einschränkung zu machen, dass nur dann denegiert werden darf, wenn eine tatsächliche Verkürzung einer Partei dabei unzweifelhaft nicht zu besorgen ist[3]).

Nicht so sehr Grund und Zweck der Einführung des ius denegationis, als vielmehr die tatsächliche Ausübung des Denegationsrechtes nach seiner Einführung berührend ist folgendes. Die denegatio a. diente nicht nur zur Verminderung der Prozessezahl, sondern auch zur Verteilung der jurisdiktionellen Geschäfte unter die in Rom bestehenden Gerichte. Die Zentumvirn, die

[1] Vgl. darüber Keller §§ 26. 44. 51. 58; Walter II S. 423ff.; Schott I S. 146; Sohm S. 295. 296. A. 2; Bekker I S. 246ff.; Mitteis Z. 23 (36) S. 282ff. u. a. [2]) Vgl. Ihering: Scherz u. Ernst S. 175ff. [3]) Vgl. Helmolt S. 68 A. 1. (S. o. S. 77f.)

man in der Kaiserzeit als die „Richter der reichen Leute" bezeichnen kann, befassten sich nicht mit der Aburteilung von Bagatellsachen. Man legte ihnen die sogenannten kleinen Prozesse erst gar nicht vor. Zur Durchführung dieser Regel machte man den Rechtsweg vor dem Zentumviralgericht nicht von einer Kompetenzziffer abhängig, sondern man überliess es dem Prätor, seine Mitwirkung zum lege agere zu versagen und die legisactio zu denegieren, wenn die Parteien nicht schon allein so klug waren, auf den kostspieligen Legisaktionenprozess in unbedeutenden Streitigkeiten zu verzichten[1]) (cf. l. 12 C. 3,3). Wenn auch die Quellen nirgends davon sprechen, dass das ius denegationis gerade dazu gebraucht worden ist, die Zentumvirn vor einer Geschäftsüberhäufung zu bewahren, so wird man es trotzdem annehmen dürfen, zumal der Magistrat unzweifelhaft nach freiem Ermessen denegieren durfte, wenn die Parteien „unpassenderweise" ihren Rechtsstreit vor dem Zentumviralforum austragen

[1]) Überaus bestritten und wahrscheinlich nie zu klären, da das bisherige Quellenmaterial unzureichend ist, bleibt die Frage, ob es ein denegare legisactionem gegeben hat und überhaupt geben konnte, ob also der Prätor eine aktive Rolle im Legisaktionenprozess gespielt hat, oder ob seine Stellung eine lediglich passive war (lege agere non pati), ob er also die „Drahtpuppe" für das Prozessspiel der Parteien gewesen ist. — Ein denegare legisactionem wird von der überwiegenden Literatur angenommen. Vgl. insbes. Keller § 36; Bethmann-Hollweg I S. 124f.; Dernburg S. 127f.; Krüger §§ 2. 20; Kleinschrod S. 82ff.; Sohm S. 86. 267. A. 4 u. Lit. (Mitteis Röm. Privatr. I S. 40. A. 3) [cf. Sohm (11. Aufl. 1903) S. 78]; Jörs S. 192f.; Schultze § 34; Wlassak I S. 123f.; 133; 233f.; II S. 325f.; 336; ders. Litisk. S. 83f.; ders. Z. 25 (38) S. 81ff.; Z. 28 (41) S. 105. 106; Bekker I S. 71f.; Z. 15 (28) S. 184; Z. 27 (40) S. 5; Ihering III 1 S. 89ff.; Demelius Krit. Vjahrsschr. 8 S. 501ff.; ders. Grünhut Z. 11 S. 733; Schott I S. 155; Sell: De except. usu, qui legisactionum tempore fuerit; wohl auch Leist p. 219. — A. M. z. B. Karlowa Legisakt. S. 341f.; 356ff.; Helmolt S. 69f; Girard p. 39 n. 1; p. 854 n. 1 [mit Berufung auf die allemal zitierte Stelle bei Val. Max. (Factorum et dictorum memorabilium libri) VII 7. 5: „Egregia C. quoque Calpurni Pisonis praetoris urbis constitutio: . . . heredes lege agere passus non est", die aber nichts beweist, weder dass es ein denegare legisactionem gab, noch dass es ausgeschlossen war; denn wie das „non pati" zum Ausdruck kam, sagt die Stelle nicht]; ders. p. 968 n. 3; p. 987 n. 2 (vgl. Girard-Mayr I S. 44 A. 1; II S. 938 A. 2; S. 1068 A. 2; S. 1090 A. 1). — Unentschieden Binder S. 577 A. 252.

wollten. Ähnliches mag für das Dezemviralgericht und die Rechtspflege der Ädilen gegolten haben[1]).

Wenn die Römer der denegatio a. die auctoritas rei iudicatae versagt haben, so geschah dies wohl einmal, weil damit der Prätor in den Stand gesetzt worden wäre, jeden Prozess in iure bereits durch seinen Machtspruch definitiv zu entscheiden, während es der „historischen Anschauung" gemäss war, dass die eigentliche Entscheidung, das „Urteil", erst in iudicio gefällt wurde. Unter solchen Umständen hätte sich leicht auch die Gelegenheit zur Übung einer Klassenjustiz bieten können. Ausserdem konnte bei den summarischen Untersuchungen des Prätors — faktisch — bald einmal ein bedeutsamer Punkt übersehen werden. Erging die denegatio a., so schadete sie an sich dem Kläger nichts, er konnte von neuem klagen und auf den übersehenen Punkt aufmerksam machen. Damit wäre es bei der Rechtskraft der denegatio a. vorbei gewesen.

Noch auf einen Punkt, der die legislatorische Kraft der denegatio a. berührt, sei hingewiesen. Man ist bisher vorwiegend der Ansicht gewesen, dass die datio a. recht eigentlich dazu diente, neue, den veränderten Lebensverhältnissen entsprechende Rechtsgedanken einzuführen und überlebte Institute auszumerzen. Das muss dahin ergänzt werden, dass auch die denegatio a. diese Eigenschaft hatte. „Sobald man anfängt, sich zu gewöhnen, in dem Prätor ein innerhalb gewisser Schranken über das traditionelle Recht gestelltes Organ der aequitas zu erblicken, lag die denegatio a. zur Korrektur obsoleter Stücke des ius civile vielleicht noch näher als die datio a."[2]).

X. Das Verfahren in iure.

Weniger durch die datio, als durch die denegatio a. erhielt das Verfahren in iure eine „eigenartige" Bedeutung[3]) insofern, als

[1]) Vgl. Wlassak I S. 124 A. 33; S. 125; S. 233f; Huschke: Multa S. 496 A. 400; Ihering a. O. — Dagegen Brinz S. 167. [2]) Vgl. Bekker Z. 15 (18) S. 184. [3]) Schott (I S. 148f.; 153f.) gebraucht hier den (im Text absichtlich vermiedenen) Ausdruck „Übergewicht" des Jus-Verfahrens, was Bekker zu einer scharfen Polemik veranlasst (Z. 24 [37] S. 371. 272). Bekkers Einwand, der Ausdruck „Übergewicht" erinnere ihn lebhaft an die Entscheidung des Streites, ob zur Produktion des Lammes der Bock oder

ihm mit dem denegari a. eine „organisatorische Selbständigkeit" beigelegt wurde. Denn wenn die actio denegiert wurde, dann bildete das Verfahren apud praetorem einen Prozess für sich, der in einer thetischen Entscheidung vorläufig seinen Abschluss fand. Die Eigenart des Jus bestand ferner darin, dass dieses Verfahren, im Gegensatz zum iudicium ipsum, für jeden Prozess notwendiger Bestandteil war, und dass sein Endziel, wenn es nicht die denegatio a. war, der Begründung des Prozessverhältnisses für das iudicium diente. Denn man gelangt zur judiziellen Verhandlung nur, wenn der Prätor die actio erteilte. Damit gibt er den Anstoss zum Verfahren vor dem Geschworenen. Der Kläger kann nicht beim Judex beginnen, sondern muss den zu Beklagenden „in ius" vozieren. Ohne „ius" und „formula" ist ein iudicium ipsum unmöglich. Das Jus aber steht insofern für sich allein und hat Sinn, als in ihm zahlreiche Prozesse bereits durch Sachentscheidungen und Entscheidungen zur Hauptsache erledigt zu werden vermögen und pflegen.

Die Wichtigkeit des magistratischen Verfahrens lag ferner darin, dass die einfacheren, schnell entscheidbaren Streitsachen sowie die mit nicht zu feinem Raffinement angelegten schikanösen und sogenannten faulen Prozesse in iure bereits erledigt wurden. In dieser Funktion diente das denegare a. der Abwehr unnützer, leichtfertiger Rechtsstreitigkeiten[1]). Demgegenüber wendet Bekker ein[2]), es sei nicht ersichtlich, wie der Prätor imstande gewesen sein sollte, bei den Verhandlungen in iure die faulen und schikanösen Sachen herauszuspüren; immerhin könne zugegeben werden, dass durch die Denegationen im allgemeinen eine Verminderung der iudicia (i. e. S.) herbeigeführt worden sei, auch dass häufig, wer einmal eine Denegation erfahren, keinen weiteren Versuch zu machen geneigt gewesen sein möchte. — Der Einwand erscheint unbegründet. Die zahlreichen Stellen, in denen

das Schaf notwendiger sei, ist wohl verfehlt, da es sich hier im Prozess nicht um die „Notwendigkeit" des Verfahrens in iure handelt, sondern um Konstatierung des Umstandes, dass das Prozessverfahren apud praetorem tatsächlich das eigentlich ausschlaggebende, auch für den Verlauf des Judiziums, war. — Vgl. im selben Sinn Schott II S. 13ff.; Heffter Inst. S. 278f.; Schultze S. 18ff.; 243f.; Jörs I S. 222f.; auch Wach I S. 26. 27. [1]) Vgl. Schott II S. 19. 20 u. o. S. 114 A. 1. [2]) Bekker Z. 24 (37) S. 371.

die actio, namentlich wegen mangelnder materieller Rechtfertigung, denegiert wird, geben uns genügend Beispiele für die weite Ausdehnung des Denegationsgebrauches. Und — davon abgesehen — man erkennt faule und schikanöse Prozesse doch heute! Aus dem Vorbringen des Klägers allein wird man sich nur selten gleich ein klares, untrügliches Bild von der Sache zu machen in der Lage sein; aber der Beklagte erscheint doch auch und spricht und verteidigt seine Sache; der Richter stellt Fragen an die Parteien, auf die sie ihm zu antworten haben. „Und daraus kann man es erkennen, und in Rom wird es nicht anders gewesen sein.“ [1])

Den Vorteil aus dem denegari a. wird vorerst regelmässig der Beklagte haben, indem er mit den Gefahren des Judiziums (i. e. S.) nicht mehr behelligt wird und Zeit und Mühen spart. Zwar ist der Kläger berechtigt, seine Klage apud eundem vel apud sequentem praetorem zu wiederholen. Aber er wird sich meist mit der Autorität des ersten Richterspruches zufrieden gegeben haben[2]); denn er musste damit rechnen, dass sich der Prätor die schon einmal denegierte actio besonders genau ansehen würde, und dass vor allem der Beklagte oder sein Rechtsnachfolger unter keinen Umständen es unterlassen würde, zur Verteidigung auf die frühere denegatio a. Bezug zu nehmen.

Die ausschlaggebende Bedeutung des Verfahrens in iure kannten auch die römischen Parteien bereits. Zu Ciceros Zeiten nämlich war es üblich, in die Verhandlung vor dem Magistrat geübte und geschickte Redner oder Sachwalter (patroni, causidici) mitzubringen, die dem Prätor den Streitstoff vortrugen, sowie rechtskundige Freunde und Bekannte, die die Sache ihrer Partei mit ihrem Rat und Ansehen fördern sollten[3]). Kam doch alles darauf an, dass die Formel im Interesse des Klägers oder des Beklagten abgefasst wurde. Drohte die Sache verloren zu gehen, so mussten die Parteihelfer, soweit es den Kläger anging, alles daran setzen, dass die Formel versagt wurde, um Konsumtion und Rechtskraft[4]) zu verhüten. Ob es dann übrigens stets der denegatio a. bedurfte, steht dahin, ist aber wohl anzunehmen[5]).

[1]) Schott II S. 27. [2]) Vgl. Schott I S. 147. 148; II S. 25. 26. — A. M. in gewisser Hinsicht Bekker Z. 24 (37) S. 371. [3]) Schultze § 20; cf. l. 1 § 4 D. 3, 1; l. 9 §§ 5. 6 D. 1, 16. [4]) Mit der exceptio rei iudicatae als Folge. [5]) S. o. S. 77 A. 1.

Weiter mag für das Verfahren in iure bedeutsam erscheinen, dass die sententia zwar vom Judex, ihre Verwirklichung, die Zwangsvollstreckung, jedoch vom Prätor ausging. Selbst die actio iudicati in ihrer zivilen Form hat der Prätor zu erteilen[1]). Er darf sie, wenn er es für gut befindet, auch versagen, sodass die sententia auf diese Weise illusorisch werden kann.

Das Verfahren in iure war vor allem ein sich mit der Sache selbst befassendes, der Feststellung des Prozessverhältnisses dienendes Verfahren, und die Formel der Relevanzbescheid über die Zulässigkeit eines Urteils in der Sache. Das Jus und die dasselbe abschliessende Formel waren die inhaltsreiche Form und die von rechtzeugender Kraft erfüllte Macht, durch welche das römische Privatrecht geschaffen worden ist[2]). Ist doch das ius honorarium in iure und durch die formulae gemacht worden. Darum sprechen die römischen Juristen lobend von diesem ius ad honorem praetoris sic nominatum (cf. l. 7 § 1 u. l. 8 D. 1, 1)!

Die Unterscheidung zwischen Jus und Judizium ist demnach keineswegs so bedeutend gewesen, wie man gemeinhin geglaubt hat. Nicht so sehr in ihrem Verhandlungsstoff[3]), (abgesehen von den Prozess- und prozessualen Klagvoraussetzungen), als vielmehr in der Wirkung der erlassenen Entscheidungen weichen beide von einander ab (vgl. Cic. de part. orat. dial. 28, 99. 100)[4]). Den magistratischen Urteilen ist die Rechtskraft, die auctoritas rei iudicatae, versagt entsprechend dem staatsrechtlichen Satze, dass der Prätor zwar Recht zu sprechen, nicht aber (legislativ) Recht zu schaffen vermag. Die Rechtsschöpfung bleibt dem Komitialgesetz vorbehalten und der sententia iudicis, von der es heisst: *Creditur ius ex sententia iudicis fieri* (l. 17 § 1 D. 5, 2).

---

[1]) S. o. S. 45 A. 3 u. 4. [2]) Vgl. Schultze S. 243 ff.; Sohm S. 82 ff. 93. 94; Wach I S. 26. 27 (s. o. S. 106 A. 4). [3]) So allerdings Muther: Krit. Vjahrsschr. 9 S. 184 ff. (Prinzip der Stoffverteilung); Puchta I § 150 A. 6. — S. dagegen Brissonius (p. 33. 34), der vom „Jus" sagt: „in iure plerumque versatur"; vgl. auch Keller S. 253 ff. (bes. S. 256 A. 594 a.); Binder S. 576. [4]) Es wurden nicht etwa, wie Wieding (S. 235. 254 f.) und der Praktiker (S. 36 f.) annehmen, in iure die rechtlichen und in iudicio die tatsächlichen Verhältnisse erörtert und erledigt; ähnlich Ihering II 1 S. 79 A. 76 b; II 2 S. 411; Bülow S. 285. — Vgl. dagegen die eingehenden und zutreffenden Untersuchungen von Schultze § 19, auch §§ 18. 22 u. die zahlreich zit. Lit.

XI. Denegationspflicht.

Schliesslich bleibt noch zu untersuchen, ob der Prätor überhaupt oder wenigstens in gewissen Fällen zum denegari a. verpflichtet gewesen ist, ob aus den in den Quellen gebrauchten Wendungen, z. B. actio deneganda est, denegari debet, denegari oportet, ne actio detur, officio praetoris continetur actionem denegari, eine Denegationspflicht ersichtlich ist. Ich halte dafür, dass diese Ausdrücke, für sich allein betrachtet, den Schluss auf eine spezielle oder allgemeine Pflicht zur denegatio a. nicht zulassen. Die Quellen enthalten nämlich, wie eine oberflächliche Untersuchung schon lehrt, in gleichwertigen, also analog zu behandelnden Fällen[1]) bald die verpflichtende und bald die indikativische Form. Nur insofern ist eine allgemeine, freilich indirekte Denegationspflicht anzuerkennen, als der Prätor verpflichtet war, durch die Verweigerung des Judiziums die Zahl der, namentlich aussichtslosen, Prozesse zu vermindern (l. 21 D. 12, 1). Aber auch die Erfüllung dieser Pflicht war, wie schon ihre allgemeine Fassung zeigt, mehr in das Belieben des Magistrates gestellt. Jedenfalls lässt sich der Satz in l. 40 pr. D. 5, 1, der vom Judex sagt: *non quidquid potestati iudicis permittitur, id subicitur iuris necessitati,* unverändert auf die viel freiere Stellung des Jurisdiktionsmagistrates anwenden[2]).

Indessen wird der Prätor unter gewissen Umständen zum denegari a. verpflichtet gewesen sein, nämlich dann, wenn es sich um eine Voraussetzung handelte, ohne deren Vorhandensein eine rechtsgültige constitutio iudicii unmöglich war. Hierher gehört insbesondere die Zuständigkeit des angegangenen Gerichts und die Zulässigkeit des Rechtsweges. Das ergibt sich für die Kompetenz des Gerichts aus l. 1 § 2 D. 2, 2: „. . . si inter eos quis dixerit ius, inter quos iurisdictionem non habuit, quoniam pro nullo hoc habetur nec est ulla sententia . .“.[3]) Hier blieb dem Magistrat

[1]) Vgl. z. B. l. 26. l. 27 pr. l. 97 § 2 D. 45, 1 und l. 71 § 1 D. 35, 1 (Verstoss contra bonos mores); l. 15 § 1 D. 35, 2 und l. 42 D. 38, 1 (Verstoss contra legem); l. 9 D. 11, 7 und l. 7 § 6 D. 4, 9 (Unvererblichkeit der Klage). [2]) Ebenso Helmolt S. 74. [3]) „Jedes nicht rechtmässige Können“ (wozu in diesem Fall die Jurisdiktion trotz der Unzuständigkeit, mit Ausnahme des abweisenden Dekretes [denegatio a.], gehört), „das einem, wenn auch nicht zwangsweise geschützten Sollen zuwiderläuft, bleibt hier unberücksichtigt“

kein anderer Weg, als den Kläger in iure abzuweisen[1]). In diesen wenigen Denegationsfällen wird man sogar von „zivilrechtlichen Denegationsgründen" sprechen können, nicht bloss von Denegationsfällen[2]).

Bekker fand es früher „verwunderlich"[3]), dass, obwohl das SC. Macedonianum und Vellaeanum (D. 14, 6; D. 16, 1) die datio a. verbieten, also die denegatio a. gebieten, trotzdem häufig genug ein dare actionem (formulam) mit inserierter exceptio SC. Maced. und Vellae. folge, während man eigentlich ständig „non dare (denegare) a." erwarten sollte. Er hat diese Bedenken neuerdings fallen lassen[4]), indem er anerkennt, dass die Römer in solchen Geboten, wie „ne actio detur" usw., nicht so sehr ein Verbot der constitutio iudicii, als vielmehr das Gebot der Abwendung der Kondemnation vom Beklagten durch Inserierung einer exceptio in die Formel erblickten. So ist denn auch die regelmässige Form der Verwirklichung des „ne actio detur" usw. die Erteilung der exceptio gewesen. Der Prätor war eben nicht unter allen Umständen verpflichtet, die actio (das iudicium) zu versagen. Er tat ein übriges, wenn er die Sache dem Geschworenen zur Verhandlung und Entscheidung deferierte[5]). Jedenfalls wurde damit, wie wir bereits hervorhoben (S. 51. 52. 81. 116), dem Interesse beider Parteien, des Klägers wie des Beklagten, am meisten entsprochen[6]).

[Bekker Z. 27 (40) S. 10]. — Bei der Unzulässigkeit des Rechtsweges hat für die Unmöglichkeit der datio formulae das oben (S. 22. 23) Angeführte zu gelten. [1]) Die Ansicht von Keller (S. 175. 176) und Schultze (§ 20), dass z. B. in allen den Fällen, wo eine exceptio in iure bereits liquide sei, die denegatio a. „notwendig" sei, ist quellenmässig durch nichts belegt. — Ebenso unrichtig ist die Meinung von Schlesinger (Lit. S. 5 A. 1) S. 904, der von einem Verlangen des Beklagten, bezw. Klägers auf denegare actionem, bezw. exceptionem spricht, sobald der Tatbestand in iure liquide gewesen sei. [2]) Klingmüller S. 268. — A. M. Schott II S. 17. [3]) Bekker Z. 24 (37) S. 346f. [4]) Bekker Z. 27 (40) S. 10. 11. 45. [5]) Vgl. darüber auch Schott II S. 106 A. 6. [6]) Klingmüller (S. 268f.) erblickt, wenn in den Gesetzen oder Senatuskonsulten die Formel „ne actio esto", „ne actio neve petitio daretur" oder ähnliche Ausdrücke stehen, darin die Aufstellung eines speziellen Denegationsgrundes, der zu den übrigen bereits bestehenden Denegationsgründen hinzukomme, sich dann einrangierend unter die allgemeine Rubrik „Verstoss gegen das Gesetz". Selbstverständlich sei, dass es

D. Rechtsbehelfe gegen die denegatio a.

I. Die Rechtsmittel vor und nach Augustus im Allgemeinen.

Rechtsmittel im Sinne von Rechtsbehelfen, die unter Hemmung der Rechtskraft, die Nachprüfung einer Entscheidung in höherer Instanz bezwecken, gab es bis zum Beginn des Prinzipates weder gegen die Urteile des Judex noch gegen die Entscheidungen des Prätors. Erst Augustus führte eine Appellation ein, die eine abermalige Verhandlung vor einem übergeordneten Forum herbeiführte.

Das anfängliche Fehlen einer Appellation (im modernen Sinn) hatte seinen Grund nicht etwa darin, dass eine Instanz über dem Prätor den Römern undenkbar gewesen wäre, sondern darin, dass der Prätor als die für das adiuvare, supplere und corrigere ius civile staatsrechtlich berufene Behörde galt, deren insbesondere in die Form der decreta gekleidete „Privatrechtsgebote" als solche „der hierfür kompetenten souveränen Staatsgewalt" angesehen wurden[1] [2]).

Nicht viel anders dachte man vom vereideten iudex privatus. Auch er war ein verfassungsmässig berufenes Organ der Rechtspflege, das freilich nicht aus den Reihen der Beamtenschaft, sondern aus den Reihen des Volkes erwählt wurde[3]).

Ausserdem war wegen der Selbständigkeit der römischen Gerichte eine regelmässige Beaufsichtigung ihrer Rechtspflege unmöglich. Die Justiz bot hierin nichts Besonderes. Auch in

---

im konkreten Falle auch ohne solche besondere Formel zur Denegation habe kommen können, aber dann eben nur gemäss sonst bestehenden, von Schott im III. Abschnitt (denegatio aus Gründen, die nur in iure untersucht wurden) und im V. Abschnitt (denegatio aus Gründen, deren Prüfung auch in iudicium hätten überwiesen werden können) angeführten Denegationsgründen. — Hiergegen ist nichts einzuwenden. Nur muss man sich hüten, in den Wendungen „ne actio esto" eine besondere Verpflichtung des Magistrats zum denegare a. zu erblicken. Er konnte in solchen Fällen auch die Formel erteilen und die condemnatio mittelst exceptio abwenden. [1]) Vgl. Schultze § 32; Ihering II 1 S. 263ff.; Sohm S. 82. 83. [2]) Dass die Prätoren bisweilen Laien waren, nicht Juristen, hat mit ihrer Beamteneigenschaft nichts zu tun (vgl. Schott II S. 34ff.). [3]) „Die Figur des Richters ist der persönliche Ausdruck der vom Staat im Prinzip anerkannten Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Rechts" (Ihering II 1 S. 20).

den anderen Zweigen der Staatsverwaltung hat sich während der Republik ein Instanzenzug nicht entwickelt. Trotz der Abstufungen in der Beamtenschaft war doch regelmässig jeder Beamte innerhalb des ihm zugewiesenen Spezialgebietes sein eigener Herr, „mit eigener Initiative, eigener Verantwortlichkeit und definitiver Gültigkeit seiner Verfügung“[1]).

Man behalf sich mangels Rechtsmittel vornehmlich mit der (publizistischen) Interzession. Diese gab es in der Königszeit nicht, weil die Interzession — abgesehen von der erst später eingeführten tribunizischen — eine par maiorve potestas voraussetzt. Sie trat also mit der das kollegialische Prinzip einführenden Republik ins Leben, jedoch nicht erst mit der Einsetzung der tribuni pl., wenn auch zuzugeben ist, dass die Interzession mit der Verleihung des ius auxilii an die Volkstribunen eine eigentümliche Entwicklung erfahren hat; während nämlich sonst das Interzessionsrecht eines „collega“ selbstverständlich erscheint, weil er dieselbe Amtsgewalt wie der intercessus besitzt, ist es bei den tribuni pl., die von wenigen Ausnahmen (z. B. Berufung der concilia plebis) abgesehen, keine Amtsgewalt positiven oder gleichen Inhalts besitzen, von dieser Grundlage losgelöst[2]).

II. Die magistratische Interzession.

Die Intz. findet ihre Hauptanwendung auf zivilprozessualem Gebiet. Jeder civis Romanus, der sich durch ein magistratisches Dekret benachteiligt glaubt, kann an die par maiorve potestas appellieren. Wenn Karlowa bei allen Akten, die die Kollegen gemeinsam vornehmen, die kollegialische Intz. für ausgeschlossen erklärt[3]), und Mommsen dies dahin erweitert[4]), dass auch die tribunizische Intz. da, wo eine magistratische Entscheidung unter Zuziehung eines Konsiliums gefasst worden ist, versagt, so folgt daraus, dass der Intz. gegen prätorische Dekrete im Zivilprozess, da der Prätur eine kollegiale Verfassung sowie die Zuziehung eines Beirates fremd ist, in dieser Hinsicht nichts im Wege steht[5]).

---

[1]) Vgl. Herzog I S. 589. [2]) Vgl. Merkel II S. 1ff., 41ff., 94ff., 105ff. (passim); Girard p. 20. 21. 1035; Kipp a. O. S. 194ff. sub „appellatio“. [3]) Karlowa I S. 140. [4]) Mommsen I S. 274. [5]) Mommsen I S. 307f., 310.

Insbesondere entscheiden der praetor urb. und der praetor peregr., deren Wirkungskreise von einander getrennt sind, nicht kollegialisch.

Abgesehen von den allgemein gehaltenen Schilderungen zur Frage, gegen welche Entscheidungen die Intz. statthaft ist, Ascon. Ped. (enarratio orationum Ciceronis) in Mil. p. 47 und Plinius in seiner Epistel an seinen Freund Pompeius Falco (Epist. I 23), finden wir die Intz. in zahlreichen Spezialfällen, von denen wir, unter Beschränkung auf das ordentliche Zivilverfahren, die wichtigsten auswählen:

Cic. pro Tull. 38, 39: Der Prätor weigert sich[1]), in die Formel der Klage „de vi hominibus armatis coactisve damno dato" das beschränkende Wort: 'Iniuria' (sc. damno dato) aufzunehmen; die Volkstribunen werden deshalb appelliert.

Cic. pro Quinct. 7, 29: Alfenus als Vertreter des Beklagten appelliert an die tribuni pl. wegen eines prätorischen Dekretes, durch das ihm (ungerechterweise) befohlen wird, trotz Anwesenheit des Beklagten in iure die cautio iudicatum solvi (dasselbe betrifft Cic. pro Quinct. 20, 63. 64) zu leisten.

Val. Max. (fact. et dict. memor. libri) VII c. 7 § 6: Der praetor urb., Cn. Orestes, hat dem Genucius die bonorum possessio sec. tab. erteilt; der Konsul Mamercus Aemilius Lepidus interzediert auf die App. des Surdinus hin gegen das decretum praetoris.

Liv. VI 27 §§ 8—10: Die Volkstribunen interzedieren gegen die addictio des Schuldners, ob creditam pecuniam, durch den Prätor.

Ascon. Ped. (orat. Cic. quinque enarratio) in orat. in toga cand. p. 84: Gegen das Dekret des Peregrinenprätors M. Lucullus, durch das dieser gegen den von den Griechen verklagten Antonius ein iudicium[2]) gegeben hat, appelliert der Beklagte (vergeblich) an die tribuni pl.

Cic. de invent. II 20 und Acad. quaest. II 30: Der Beklagte bittet den Prätor um Einrückung einer exceptio[3]) in die Formel. Wenn der Kläger die exceptio bestreitet und ein iudicium purum

[1]) Übrigens mit Recht, da dieser beschränkende Zusatz nicht in die erwähnte Klage, sondern nur in die actio legis Aquiliae gehört. [2]) Gemeint ist wahrscheinlich das rekuperatorische iudicium hominibus coactis damni dati et vi bonorum raptorum. Vgl. Wlassak I S. 52 A. 6. [3]) Die exceptio „extra quam in reum capitis praeiudicium fiat."

begehrt, so entscheidet der Magistrat über datio oder denegatio exceptionis nach seinem freien Ermessen. Versagt er die exceptio, so kann der Beklagte an die Tribunen appellieren[1]).

Während diese Stellen an einen Gebrauch der App. vornehmlich durch den Beklagten denken, ist dieser doch nicht der allein gefährdete Teil. Denn der Kläger lief Gefahr, mit seiner Klage bereits in iure abgewiesen zu werden, oder noch schlimmer, den Beklagten in iudicio freigesprochen zu sehen. Daher muss auch dem Kläger, falls er vom Prätor sich benachteiligt fühlte, die App. zu Gebote gestanden haben. Wenn es bei Caes. de b. c. III 20 heisst: *isdem temporibus M. Coelius Rufus praetor causa debitorum suscepta initio magistratus tribunal suum iuxta C. Trebonii, praetoris urbani, sellam conlocavit et, si quis appellavisset de aestimatione et de solutionibus, quae per arbitrum fierent, ut Caesar praesens constituerat, fore auxilio pollicebatur. sed fiebat aequitate decreti et humanitate Trebonii, qui his temporibus clementer et moderate ius dicendum existimabat, ut reperiri non possent, a quibus initium appellandi nasceretur. nam fortasse inopiam excusare et calamitatem aut propriam suam aut temporum queri et difficultates auctionandi proponere etiam mediocris est animi; integras vero tenere possessiones, qui se debere fateantur, cuius animi aut cuius impudentiae est? itaque, hoc qui postularet, reperiebatur nemo, atque ipsis, ad quorum commodum pertinebat, durior inventus est Coelius. sed ab hoc profectus initio, ne frustra ingressus turpem causam videretur, legem promulgavit, ut sexenni die sine usuris creditae pecuniae solvantur,* so sollte die Intz., welche Rufus im Falle der Appellation „de aestimatione et de solutionibus" in Aussicht stellte, sowohl dem Kläger wie dem Beklagten zu statten kommen, obgleich auch hier, wie schon der Wortlaut ergibt, damit gerechnet wurde, dass sich der Beklagte (vgl. „causa debitorum suscepta"), als der Bedrängte, des Rechtsmittels der Intz. in erster Linie bedienen

[1]) Damit erledigt sich die Ansicht Bekkers (Z. 24 [37] S. 360; s. jedoch Z. 27 [40] S. 17), dass die Intz. nur gegen positive magistratische Akte zulässig gewesen sei, weil die Intz. als negatives hinderndes Zwangsmittel bei Statthabung auch gegen negative Akte (z. B. denegatio) Zwang zum Tun gewesen wäre, Zwang zum Tun beim Prätor aber unmöglich gewesen sei.

würde[1]). Deutlicher ist die Stelle in Cic. in Verr. act. sec. I 46 § 119: *et cum edictum totum eorum arbitratu, quam diu fuit designatus, componeret qui ab isto ius ad utilitatem suam nundinarentur, tum vero in magistratu contra illud ipsum edictum suum sine ulla religione decernebat. itaque L. Piso multos codices implevit earum rerum in quibus ita intercessit, quod iste aliter atque ut edixerat decrevisset; quod vos oblitos esse non arbitror, quae multitudo, qui ordo ad Pisonis sellam isto praetore solitus sit convenire; quem iste conlegam nisi habuisset, lapidibus coopertus esset in foro. sed eo leviores istius iniuriae videbantur quod erat in aequitate prudentiaque Pisonis paratissimum perfugium, quo sine labore, sine molestia, sine impensa, etiam sine patrono homines uterentur.* Hier ist, ohne Beschränkung auf den Beklagten, gesagt, dass Piso *„multos codices implevit earum rerum, in quibus intercessit"*, und zwar, weil Verres ohne Rechtfertigung seinem Edikt zuwider Dekrete erlassen hatte, mochten sie nun gegen den Kläger oder den Beklagten gerichtet gewesen sein.

Dass auch dem Kläger die App. zustand, entspricht der Billigkeit[2]). Datio formulae und die formula selbst sind magistratische Dekrete[3]). Dem Beklagten nun, dem die Formel nicht nach Wunsch, z. B. wegen Nichtaufnahme einer von ihm postulierten exceptio, ausgefertigt ist, gibt man ohne Bedenken die App., nicht dagegen dem Kläger und zwar, weil solche Interzessionsfälle, soweit bekannt, nicht überliefert sind. Man kann aber unmöglich annehmen, dass der Kläger die Formel so hätte hinnehmen müssen, wie sie ihm der Prätor gab, während der Beklagte schon wegen eines einzigen Wortes, das ihm in der Formel nicht passte, zur App. berechtigt war (Cic. pro Tull. 16, 38. 39)[4]).

Den Beweis, dass auch dem Kläger die Intz. zu Gebote gestanden hat, gibt uns Cic. de invent. II 20 und Acad. quaest.

---

[1]) A. M. Savigny VI S. 493 A. s. [2]) A. M. Zimmern § 169 A. 7; Savigny VI S. 489 (sub IV); Bekker Z. 24 (37) S. 360 (anders ders. Z. 27 [40] S. 17). [3]) Ebenso Keller S. 252 (A. 579) S. 257; S. 359; S. 419f. (sub 3); Wlassak Z. 25 (38) S. 139; Bethmann-Hollweg II § 122; Sohm S. 293 u. a. — A. M. Pernice Z. 14 (27) S. 144 A. 1. [4]) Dies namentlich gegen Savigny a. O. S. 489 A. i. — Im Sinne des Textes wohl auch Mommsen I S. 274 A. 6 (S. 275).

II 30. Was hier dargelegt wird, ist mutatis mutandis analog auf den Fall auszudehnen, dass dem Kläger die Inserierung einer replicatio gegen die inserierte exceptio versagt wird. Ist eine Intz. gegen das denegare exceptionem, duplicationem etc. zulässig, so hat das Gleiche zu gelten für das denegare replicationem, die sich lediglich als „contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio" darstellt (cf. l. 22 § 1 D. 44, 1).

Oder aber der Prätor befiehlt dem Beklagten, eine Kaution zu stellen: dann kann der Beklagte appellieren. Die Intz. musste ihm zur Seite stehen. Denn ein renitenter Beklagter hatte Ärgeres zu fürchten, als ihm das suscipere eines selbst ungerechten Judiziums bereiten konnte. Der Ungehorsam gegen den prätorischen Befehl brachte ihm u. U. die Vernichtung seiner ganzen Persönlichkeit[1]). Stellen wir uns nun vor, der Prätor verpflichte den Kläger zur Kautionsstellung, und dieser verweigere die Sicherheitsleistung. Dann kam es zur denegatio actionis oder zur d. iurisdictionis, und der Kläger konnte stets von neuem klagen. Der Prätor hatte kein Interesse an einer weiteren Bestrafung des Klägers, um ihn zum agere in iure zu veranlassen, zumal der Kläger jederzeit, wenn er seine Wünsche in iure nicht erfüllt sah, auf die Fortsetzung des Prozesses verzichten konnte[2]). Höchstens gab der Prätor dem Beklagten auf sein Verlangen gegen den malitiösen Kläger eine actio in factum poenalis ('quanti ea res est' (cf. l. 1 D. 2, 3)[3]).

Oder der Prätor gewährt dem Beklagten auf seine Bitte Prozessaufschub. Der Kläger ist der Ansicht, dass der Beklagte Prozessverschleppung bezweckt. Sollte der Kläger nicht appellieren können? Man wird dies zugeben müssen. Denn der Beklagte konnte doch, was anerkannt zu sein scheint[4]), bei Versagung seiner Bitte appellieren. Oder dem Kläger wird zu Unrecht der Eid auferlegt; er schwört ihn nicht und wird daher mit seiner

---

[1]) Ein milderes Mittel als die missio in bona bildet die actio in factum poenalis 'quanti ea res est' (l. 1 D. 2, 3); vgl. Keller S. 329 (A. 756); cf. S. 330 A. 757; Bekker Z. 27 (40) S. 10. — Daneben waren möglich multae dictio und pignoris capio; vgl. Sohm S. 337. 338. [2]) Vgl. Bekker Z. 27 (40) S. 17. 19. 23. [3]) Vgl. Keller S. 329 A. 756 (vgl. S. 330 A. 757). — Oben in A. 1 handelte es sich um den Beklagten. [4]) So Mommsen I S. 274. 275.

Klage abgewiesen. Oder er verweigert die vom Prätor angeordnete collatio bonorum. Oder er will eine vom Beklagten postulierte und vom Prätor gebilligte exceptio nicht in die Formel aufgenommen haben. In allen solchen Fällen wird der Kläger schliesslich abgewiesen. Aber unter Umständen liess sich diese denegatio iudicii vermeiden, wenn schon zuvor gegen das Dekret des Prätors etwas zu unternehmen möglich war.

Wenn auch die denegatio actionis oder iurisdictionis an sich noch kein Nachteil ist, so kann sie doch Nachteile zur Folge haben. Denn der Prätor wird, ehe er nicht seinen Irrtum einsieht, oder der Kläger nicht nachgibt, den Kläger immer wieder abweisen. Oder der Kläger musste auf ein besseres Glück beim Amtsnachfolger warten. Bis dahin aber kann die Klage längst verjährt sein[1]). In alter Zeit, die nur actiones civiles kannte, wird eine Verjährung so gut wie nicht zu befürchten gewesen sein, da die actiones civ., von einigen Ausnahmen abgesehen, actiones perpetuae waren. Die Verjährung gewann jedoch Bedeutung mit dem Aufkommen der „vielen“[2]) Annalklagen des ius hon. Ausser der Verjährung lag auch darin eine Gefahr, dass der Kläger möglicherweise vom Amtsnachfolger lediglich deshalb abgewiesen wurde, weil dieser Prätor, im Gegensatz zu seinem Amtsvorgänger, den Anspruch rechtlich nicht anerkannte. Will man dem Kläger zumuten, es mit dem übernächsten Prätor zu versuchen? Die Klagenverjährung trifft den Kläger um so härter, als die restitutio in integrum versagt, wenn die actio oder iurisdictio causa cognita denegiert ist (s. u. Abschn. D. V.). Ob aber die denegatio c. c. ergangen ist, darüber befindet wiederum der Prätor. Der Hauptnachteil ist aber stets, dass der Kläger nicht vorwärtskommt. Er muss sich mit der Ansicht eines einzigen Mannes zufrieden geben und vermag daran nichts zu ändern. So wollen es die Gegner. — Das wäre eine mehr als unbillige Benachteiligung des Klägers gewesen, die zu der Annahme zwingt, dass auch für den Kläger die App. möglich und notwendig war[3]).

[1]) Vgl. Savigny a. O. S. 489 (sub IV); Keller S. 482ff.; Karlowa I S. 142; Schott I S. 148; II S. 25. 26 (gegen Bekker Z. 24 [37] S. 371). [2]) S. Keller S. 483 A. 1168. — Dies insbesondere gegen Bekker Z. 24 (37) S. 371. [3]) Ebenso Mommsen I S. 274 A. 3; Merkel II S. 17; Bethmann-Hollweg II S. 703; Keller S. 419(f.); Karlowa I S. 141. — Mommsen hat

Voraussetzung für die Intz. eines Magistrats in zivilprozessualen Angelegenheiten ist die App. seitens des beschwerten civis Romanus (vgl. Caes. de b. c. III 20; Liv. IV 53, 2; XLIII 16, 5; Cic. pro Tull. 38. 39; in Vat. test. c. 14; Gell. n. a. 4, 14[1]); 6 (7), 19, § 3; Val. Max. VII 7, 6; VI 5, 4; Lex mun. Salp. c. 27)[2]) und der Erlass eines magistratischen Dekrets (vgl. Cic. in Vat. test. c. 14; Liv. XXXVIII 60; Val. Max VI 1, 7; VII 7, 6; Ascon. Ped. in orat. in toga cand. p. 84; Gell. n. a. 4, 14; Liv. XLIII, 16, 4. 5; Cic. in Verr. act. sec. I 46 § 119)[3]). Im übrigen konnte der angerufene Magistrat an sich aus jedem beliebigen Grunde gegen den anderen interzedieren. Über die Voraussetzungen eines Eingriffs nach dieser Richtung hin ist uns nichts überliefert und offenbar formell nichts bestimmt gewesen, obgleich als der Intz. eigentümlich mehrfach hervortritt, „dass es nicht die Absicht war, gegen jeden materiell unrichtigen, unbilligen Akt eine Intz. hervorzurufen, sondern nur ein evidenter und arger Verstoss gegen Recht oder Sitte dieselbe ausreichend motivierte“[4]) (cf. Cic. in Verr. act. sec. I 46 § 119; Caes. de b. c. III 20).

Von den römischen Magistraten waren zur Intz. diejenigen Beamten zunächst berechtigt, die dem Prätor gegenüber eine

---

später seine Ansicht (vgl. sein Strafr. S. 464 A. 3) eingeschränkt: „Vorausgesetzt ist bei der Intz., dass ein Befehl zu einer (ungerechten) Leistung vorliegt. Gegen die Ausübung der magistratischen Befugnisse, wo sie nicht unmittelbare Leistung anordnen, kann nicht appelliert werden.“ [1]) Das hierin gebrauchte „provocare“ steht für „appellare“. Die Schriftsteller der Kaiserzeit, z. B. Gellius, und öfter auch die Juristen, zu deren Zeiten die provocatio verschwunden und nur die appellatio noch übrig war, setzen vielfach an Stelle von „appellare“ „provocare“. Vgl. Mommsen I S. 278 A. 5; II 2 S. 978 A. 3; Savigny a. O. S. 498. 499; Keller § 82 A. 996; auch Merkel II S. 41 A. 1. [2]) Ebenso Mommsen I S. 279 A. 1; Strafr. S. 464. 465; Karlowa I S. 141; Herzog I S. 605; Puchta I S. 562; Keller S. 256; S. 419f.; Bethmann-Hollweg II S. 703; auch Zimmern § 169. — Dies gilt jedoch nur, solange Privatinteressen auf dem Spiele stehen. Handelt es sich um Wahrung der Staatsinteressen, so war auch eine spontane Intz. des Berechtigten zulässig (vgl. Herzog a. O. — A. M. Merkel II S. 109, der selbst in privaten Angelegenheiten eine Intz. ex officio für möglich hält). [3]) Ebenso Mommsen I S. 274; Strafr. S. 464 A. 3; Karlowa I S. 136; Herzog I S. 603; Puchta a. O.; Schott I S. 130f. [4]) Mommsen I S. 273.

maior oder par potestas bilden (Cic. de leg. III 3 § 6[1]) und § 10), d. h. Diktator, Konsul und Prätor. Eine Sonderstellung haben die Zensoren, die, auch ohne Imperium, anscheinend zu den magistratus maiores gerechnet wurden[2]). Stets kann an die Volkstribunen appelliert werden, deren Aufgabe es ja vor allen anderen Beamten war, die Bürger vor der Beamtenwillkür zu schützen (Gell. n. a. 13, 12, § 9).

Beispiele konsularischer Intz. enthalten Val. Max. VII 7, 6[3]) und Auct. ad Herenn. (de rat. dic.) II 13 § 9[4]).

Nach Walter[5]) enthalten auch Liv. 41, 9 § 10 und Plut. Marius 38 Interzessionen von Konsuln gegen prätorische Dekrete[6]).

An Intz. von Prätor gegen Prätor sind nur zwei bekannt: Caes. de b. c. III 20 (Dio 42 c. 22) und Cic. in C. Verr. a. sec. I 46 § 119.

Überaus reich findet sich die Intz. der tribuni pl., die die eigentliche Interzessionsinstanz bilden[7]), gegen Prätoren: Cic. Acad. quaest. II 30; de invent. II 20; pro Quinct. 7, 29; 20, 63 u. 64; in Vat. test. orat. c. 14; pro Tull. 38. 39; — Liv. VI 27, 8—10; XXXVIII 60; XLIII 16; — Ascon. Ped. in orat. in toga cand. p. 84; — Val. Max. VI 1 § 7; VI 5 § 4; — Gell. n. a. 4, 14; 6 (7), 19, § 3; 13, 12, § 9 u. a. St. m.

Die Intz. eines Diktators gegen ein prätorisches Dekret ist nicht überliefert[8]).

---

[1]) Wenn Cicero in diesem Zusammenhange nur von der Provokation spricht, so geschieht es wegen das Zeugmas. Insofern steht provocatio auch für appellatio. Vgl. (ders. Ansicht) Mommsen I S. 278 A. 5; Merkel II S. 41 A. 1. [2]) S. Mommsen I S. 25; Ihering II 1 S. 266; Karlowa I S. 135. — S. u. S. 131 (auch S. 140). [3]) Herzog (a. O. I S. 590 A. 1 verb. mit S. 589 A. 2) hält hier unter Betonung des „Motivs" des Interzedenten nur einen Fall von Disziplinargewalt für vorliegend. Das Motiv hat aber mit der Intz. als solcher nichts zu tun und ist daher nicht ausschlaggebend. Massgebend ist das äussere Verhalten des interzedierenden Magistrates, also die Tatsache. — S. auch Mommsen I S. 274 S. 271 A. 2; Savigny VI S. 493; Eigenbrodt p. 88. [4]) Es handelt sich nicht etwa um die „zensorisch-konsularische Administrativjustiz"; vgl. Mommsen I S. 271 A. 2. [5]) Walter I S. 194. [6]) S. u. S. 138 A. 5. [7]) Bei Cic. de leg. III 3 § 9 heisst es: „plebes quos pro se contra vim auxilii ergo decem creassit, ei tribuni eius sunt, quodque ii prohibessint quodque plebem rogassint, ratum esto . . ." [8]) Über die sonst noch berichteten konsularischen Intz., die sämtlich nicht hierhergehören, vgl. Schott I S. 132 A. 15.

Die Interzessionsfähigkeit fehlt z. B. den Zensoren gegenüber dem Prätor als einem Beamten mit Imperium, obwohl sie, wie wir oben (S. 130 A. 2) bemerkten, offenbar zu den magistratus maiores gerechnet worden sind. Die potestas praetoria und censoria ist eben eine ungleichartige.

Die Ädilen — es kommen nur die kurulischen in Betracht — sind magistratus minores. Interzessionsfähigkeit fehlt ihnen also, und dementsprechend sind Interzessionen nicht überliefert. Selbst wenn man der Ansicht von Schott[1]) folgt, dass die Stellung und Kompetenz der kurulischen Ädilen noch im Unklaren liege, und dass der Prätor ihnen gegenüber in eadem iurisdictione die maior potestas (l. 58 D. 5, 1) sicherlich nicht gehabt habe, dass die Ädilen vielmehr wegen ihrer eigenartigen Mittelstellung vollkommen selbständig gewesen seien, so ist doch so viel zuzugeben, dass sie für den Prätor weder eine par noch maior potestas gebildet haben[2]). An eine der tribunizischen ähnliche Stellung der Ädilen ist nicht zu denken[3]).

Die Intz., so, wie wir sie kennen, ist nicht auf den Fall beschränkt, dass der angerufene Magistrat zur Vornahme des angefochtenen Aktes berechtigt oder gar berufen ist[4]) (vgl. Val. Max. VII 7, 6; Cic. in Verr. act. sec. I 46 § 119[5]); Caes. de b. c. III 20[6]). Aber obzwar formell darüber nichts bestimmt war, so hat das Herkommen anscheinend doch die Intz. nur zugelassen entweder seitens der Tribunen, als in erster Linie zur Intz. berufen, oder zwischen Magistraten mit gleicher oder mindestens verwandter Kompetenz, z. B. zwischen dem praetor urbanus und dem praetor peregrinus[7]).

---

[1]) Schott I S. 134; vgl. Kniep S. 151ff. [2]) So auch Schott a. O. A. 22 (a. E.) [3]) Die Verhältnisse der Über- und Unterordnung in der röm. Magistratur behandeln eingehend Mommsen I S. 24ff. und Karlowa I S. 135. [4]) Mommsen I S. 271. 272; Merkel II S. 8f. S. 92; Savigny VI S. 488 A. g. [5]) L. Piso war vermutlich Peregrinenprätor; dafür halten ihn auch Mommsen a. O. A. 3 u. A. 1; Karlowa I S. 140 A. 1; Keller S. 259 A. 597; Schott S. 134 A. 19. [6]) M. Coelius Rufus war wahrscheinlich praetor per. So auch Mommsen I S. 271 A. 3; Schott a. O. [7]) Gegen den Prätor C. Verres wurde z. B. nicht an die Konsuln, die Tribunen oder andere Magistrate appelliert, sondern an den zivilen praetor peregrinus (Cic. in Verr. act. sec. I 46, 119).

Über die Wirkung der Intz. stehen sich zwei Hauptansichten gegenüber[1]).

Die erste Ansicht[2]) erblickt, „entsprechend der aus dem Sprachgebrauch der Quellen unzweideutig hervorgehenden Auffassung der Alten", die Wirkung der Intz. darin, dass die begonnene, aber noch zu vollendende magistratische Handlung einstweilig (eventuell dauernd) sistiert, und damit jedes weitere magistratische Handeln gehemmt wurde; sie spricht daher statt von „Kassation", sofern darunter eine Vernichtung des betreffenden Aktes oder die Reszission seiner Wirkungen verstanden wird, von „Prohibition künftigen Geschehens".

Die zweite Ansicht[3]) erblickt die Wirkung der Intz. darin, dass die bereits vollzogene magistratische Handlung kassiert, ausser Kraft gesetzt, und so jede weitere darauf sich stützende verhindert wird[4]).

[1]) Eine dritte Ansicht von Herzog (I S. 589ff.; S. 603ff.) können wir übergehen. Herzog meint, die Frage, ob das negative Eintreten der maior potestas kassatorisch oder bloss hemmend aufzufassen sei, beantworte sich anders als für die Intz. der par potestas. Der Begriff des Kassierens könne da keine Anwendung finden, wo es sich um gleiche Gewalt, also um Kollegen, handle. Wohl aber vertrage sich der Begriff des Hemmens, Interzedierens (intercedere, ne fiat) mit dem der par potestas. Deshalb sei zu sagen: Interzediert eine maior potestas, dann erfolgt Kassation; andernfalls nur Prohibition, da die Intz. „in der Erklärung besteht, dass man eine Massregel des Kollegen nicht billige, und, damit sie nicht zustande komme, sich persönlich zwischen die Anordnung und die Ausführung stelle". — Die Ansicht findet auch in Caes. de b. c. I 6 § 4; III 20; Liv. XXXIX 38, 9 (cf. auch Liv. VI 27, 8 u. XXXVIII 60); App. de b. c. 2, 11 (vgl. Herzog I S. 603 A. 1 u. 3) keine Stütze. [2]) Vgl. z. B. Karlowa I S. 142. 143; Lange I S. 596. 597; Eigenbrodt (passim); Girard p. 20. 21 *„arrêter"* par leur intercessio tous les actes des magistrats. [3]) Mommsen I S. 266f.; Strafr. S. 462ff. 556 A. 2; Puchta I S. 562; Keller S. 420 A. 985; Bethmann-Hollweg II § 61 A. 7; Schott I S. 130ff.; Kipp Quellen S. 55; Ihering II 1 S. 81 A. 79 u. a. m. [4]) Über den Streit der Meinungen hat Mommsen (I S. 266 A. 4) einmal eine interessante Bemerkung gemacht; er führt aus: „Bei unbefangener Überlegung erweist sich der Streit, ob die Intz. kassatorisch ist oder prohibitiv, als mehr um das Wort geführt als um den Begriff. Immer handelt es sich um einen Rechtsakt, der wieder als Rechtsgrund für andere Rechtsakte dienen soll. Darüber ist kein Streit und kann kein Streit sein, dass, wenn der erste Rechtsakt von der Intz. betroffen wird, derselbe die Fähigkeit verliert, für die folgenden als Rechtsgrund zu

Die vorwiegend kassatorische Wirkung der Intz. folgt aus Val. Max. VII 7, 6, wo der appellierte Konsul Mamercus die prätorische Justiz „abrogavit", ferner aus Plut. Quaest. Rom. 81, wo die Wirkungen der παραγραφή (exceptio): ἡ μὲν γὰρ εἴργει καὶ ποιεῖ κρίσιν, ἡ δὲ ἀναιρεῖ καὶ λύει. mit den Wirkungen tribunizischer Intz. verglichen wird[1]. Was von der tribunizischen Intz. gilt, darf vor der Intz. anderer Magistrate nicht Halt machen, und, wenn irgendwo, dann ist hier zu bedenken, dass „jede Regel und jeder Terminus, die bei der tribunizischen Intz. auftreten, bei genauer Untersuchung sich als gültig erweisen für die Intz. überhaupt"[2]. Nicht stehen die Worte bei Cic. de leg. III 3 § 9 entgegen: „Plebes quos . . creassit, ei tribuni eius sunt, quodque ii prohibessint . . ." Mag immerhin „prohibere", das sich mit Rücksicht auf die vorangehenden Worte „auxilii ergo" auf die Intz. bezieht, „hemmen" bedeuten, so schliesst das nicht aus, dass es durch Kassation des eventuell zur Ausführung zu bringenden Dekretes geschieht. Dass die Intz. vor allem die Realisierung einer voraufgegangenen Verfügung, also künftige Massnahmen verhindern sollte (Liv. VI 27, 10; Cic. de leg. III 3 § 10), soll nicht in Zweifel gezogen werden. Geleugnet wird nur, dass die Wirkung der Intz. lediglich Hemmung, nicht auch Kassation gewesen sei.

Die nähere Betrachtung sämtlicher, von der magistratischen und tribunizischen Intz. handelnden Stellen ergibt, dass durch die Intz. der angefochtene Akt kassiert, aber nichts Positives an die Stelle gesetzt ist, m. a. W., dass die Intz. nur eine rein negative, kassatorische, nicht auch zugleich eine positive, reforma-

---

cieren. Ob man dies in der Weise ausdrückt, dass die in der Vergangenheit liegenden Momente derselben schlechthin nicht eintreten dürfen, und, wenn sie dennoch faktisch eintreten sollten, im Rechtssinne gelten als nicht vorhanden, d. h. als direkt prohibiert, ist wesentlich dasselbe. Indess ist die erstere Auffassung den Quellen mehr gemäss (s. dasselbe o. S. 132 A. 2), weil die Intz. niemals eintritt, solange der tragliche Rechtsakt noch lediglich in der Zukunft liegt, und weil die Prohibition regelmässig nicht die Nichtigkeit des Aktes, sondern die blosse Koerzition zur Folge hat" (vgl. Mommsen I S. 265). [1] A. M. Lange (I S. 396 A. 2), der bemerkt, dass aus dem Vergleich „eine Definition des Begriffs gewiss nicht zu schöpfen" sei. — Dagegen Mommsen I S. 267 A. 1, Schott I S. 132. [2] Vgl. Mommsen I S. 278 A. 4.

torische Seite gehabt hat. Daher die Ansicht: der Interzedent ist auf Abgabe seines Interzessionsdekretes beschränkt; nur der Interzessus kann, von gewissen Kompetenzen des Interzedenten abgesehen, das kassierte Dekret durch ein anderes ersetzen[1]).

Entgegengesetzt steht Merkel[2]) und, unter Hinweis auf ihn, auch Sohm[3]). Beide geben der Intz. als solcher neben der negativen zugleich eine positive Seite. Der interzedierende Magistrat soll imstande gewesen sein, den Akt selbst vorzunehmen oder den Interzessus zur Vornahme zu zwingen. Die Entscheidung des Magistrats sei auch in Zivilstreitsachen stets Handhabung des souveränen Imperiums[4]), sei rechtlich ein Machtspruch, der durch Intz. eines gleichberechtigten Magistrats und zwar durch einen entgegengesetzten Befehl eines interzedierenden Magistrats von gleicher Befehlsgewalt (imperium) aufgehoben werden könne. Weiter aber sei nicht einzusehen, weshalb zur Erteilung der actio oder zur Einfügung der exceptio ein Magistrat den anderen nicht durch dieselben Mittel hätte zwingen können, mit denen er ihn zur Unterlassung nötigte. Es werden — freilich zu Unrecht — drei Stellen zitiert:

Cic. pro Tull. 38. 39:

. . . a praetore postulare, ut adderet in iudicium „iniuria", et quia non impetrasses, tribunos pl. appellare . . .;

Cic. Acad. quaest. II 30 § 97:

. . . tribunum aliquem censeo videant; a me istam exceptionem nunquam impetrabunt;

Lex agraria (a. 643) 36:

quod iudicium iudex recuperatoresve eius rei causa a consule praetore censoreve dati erunt, sei quis ab eo de ea re publica non esse videbitur, quominus id impediat vel intercedat, eius hac lege nihilum rogato.

Wenn Fabius (Cic. pro Tull.) an die Volkstribunen appelliert, weil der Prätor die Aufnahme des Wortes „iniuria" in die Formel

---

[1]) Ebenso Mommsen I S. 266. 287; Puchta I S. 562; Karlowa I S. 140. 143; Herzog I S. 605; Schott I S. 130. 131; Keller A. 985; Bethmann-Hollweg II § 61 A. 7; Lange I S. 596. 597; Huschke: Anal. I 155 (bezügl. Cic. Acad. quaest. II 30 § 97); Schultze § 32; Ihering II 1 S. 82. 269; Savigny VI S. 497; Bekker Z. 27 (40) S. 17; Girard p. 20. 21. [2]) Merkel II S. 17f. 138. 139. [3]) Sohm S. 268 A. 7. [4]) Vgl. dagegen Schott I S. 138 A. 6 (a. E.).

ablehnt, so tut er es in der Hoffnung, sie würden die Formel des Prätors kassieren, oder der Prätor werde unter dem Druck der Intz. nachgeben.

Wenn Cicero (Acad. quaest.) sagt, selbst eine App. an die Tribunen würde ihn zur Inserierung der exceptio nicht veranlassen können, so behauptet er damit doch noch nicht, dass die Tribunen dazu imstande seien. Im Gegenteil! Er behauptet ja gerade, dass selbst die Hilfe der Tribunen am Vorhaben des Prätors nichts zu ändern vermöchte[1]).

Die Stelle der lex agraria handelt nur von einer negativen Tätigkeit (impediat vel intercedat).

Auch Merkels Berufung auf eine „angeblich positive Wirkung der Intz. bei der denegatio exceptionis" kann nicht als stichhaltig angesehen werden. Die Intz., die gegen die denegatio exc. unbedenklich stattfand, würde sich in diesem Falle „gegen die ohne sie eintretenden Folgen der Verweigerung des iudicium accipere richten und sie kann hier auch insofern einen tatsächlichen Erfolg haben, als dem Magistrat dann nur die Wahl bleibt, nachzugeben und die Exzeptio einzufügen oder auf seinem Willen zu verharren und damit aber zugleich dem Kläger die Durchführung seiner Klage unmöglich zu machen. Rechtlich kann er aber zur Einfügung der exceptio nicht gezwungen werden"[2]).

Somit hat richtigerweise die Intz., im Gegensatz zu der an die Komitien gehenden Provokation[3]), nur negative Wirkungen geäussert.

Was nun die denegatio a. betrifft, so war m. E. rechtlich (s. auch u. S. 141. 142) auch gegen diese die App. zulässig[4]). Denn gleich der datio a. bildet die denegatio (non datio) a. ein prätorisches Dekret; datio und non datio a. bilden die beiden Formen der Ausübung des ius dationis; während die datio a. die positive Entscheidung über Zulassung der actio zum Judizium ist, ist die

---

[1]) Im Sinne des Textes auch Schott I S. 131 A. 9. 10. [2]) Schott I S. 130 A. 8. [3]) Mommsen II 2 S. 978 A. 3. [4]) Ohne diese Einschränkung auf die rechtliche (theoretische) Seite nehmen eine Intz. gegen die denegatio a. an z. B. Bethmann-Hollweg II S. 703; Merkel II S. 17; Mommsen I S. 273. 274, Strafrecht S. 464 A. 3; Keller S. 256 verb. mit S. 254 A. 587; Leist S. 219; Schott I S. 130ff. — A. M. Zimmern § 169 A. 7; Savigny VI S. 489; Bekker Z. 24 (37) S. 360.

denegatio a. die entsprechende negative Entscheidung. Theoretisch steht also einer Intz. gegen die denegatio a. nichts entgegen. Praktisch dagegen stellt sich die Sache anders dar. Wenn nämlich die Intz. lediglich kassatorische Bedeutung hat, und der interzedierende Magistrat als solcher nicht imstande ist, etwas Positives, also in unserem speziellen Fall die datio a., an die Stelle zu setzen, so erscheint der praktische Wert der Intz. doch stark in Frage gestellt; denn der Kläger bedarf zur Erhebung derselben Klage keiner Vernichtung der denegatio a., da diese ihm an sich mangels Konsumtion und Rechtskraft nicht entgegensteht; auch bildet sie in ihrer Art ein Definitivum, da sie ein Rechtsakt ist, der andere Rechtsakte, z. B. die Vollstreckung, nicht nach sich zieht. Mit der denegatio a. ist alles geschehen, was den Kläger in iure treffen kann. Es erübrigt sich daher jede prohibitive Wirkung der Intz.[1]).

Aber wir wissen, dass die denegatio a. mittelbar Nachteile für den Kläger nach sich ziehen kann. Über die praktische Brauchbarkeit der Intz. nach dieser Richtung wird sich ein abschliessendes Urteil erst ermöglichen lassen, wenn die Frage beantwortet ist, ob es ausser dem Prätor noch Magistrate mit jurisdiktioneller Kompetenz in Rom gegeben hat. Denn ob ein Magistrat zu positivem Handeln berechtigt ist, lässt sich nicht vom Standpunkt der Intz. allein beantworten; es kommt darauf an, ob der interzedierende oder ein anderer Magistrat zur Erteilung der actio kompetent ist. Das Problem der Abänderungsmöglichkeit der denegatio a. durch andere Magistrate spitzt sich also nicht nur dahin zu, ob die in Betracht kommenden Interzessionsberechtigten auch zur Ziviljurisdiktion ermächtigt waren[2]), sondern auch dahin, ob es etwa in Rom Magistrate gab, die bei mangelnder Interzessionsgewalt, aber im Besitz der Ziviljurisdiktion, das denegari a. abändern konnten, m. a. W., ob der abgewiesene

[1]) Dies hat auch Mommsen (Strafr. S. 464 A. 3) empfunden, wenn er (anders Staatsr. I S. 273. 274) ausführt, meistenteils liege der Intz. die Beschwerde eines durch magistratischen Befehl zu einer nach seiner Ansicht ungerechten oder unbilligen Leistung Angewiesenen zugrunde; gegen die Ausübung der magistratischen Befugnisse, wo sie nicht unmittelbare Leistung anordneten, könne nicht appelliert werden, z. B. nicht gegen die Eintragung in das Verzeichnis der Dienstpflichtigen, wohl aber gegen die Einberufung.
[2]) So Schott I S. 131. 135; vgl. Puchta I. S. 562.

Kläger seine Klage nunmehr vor einem anderen Magistrat versuchen konnte, und ob dieser Magistrat zur datio a. und constitutio iudicii befugt war. — Dieser Gedanke scheint bereits Merkel beschäftigt zu haben[1]). Seine Ausführung, der angerufene Magistrat sei, wenn er die Befugnis gehabt habe, etwas anderes an die Stelle der kassierten Rechtshandlung zu setzen, wenn also seine Kompetenz im allgemeinen auch auf dieses Positive sich erstreckt habe, nicht verhindert gewesen, zu substituieren, bringt er jedoch unrichtigerweise unter den Begriff der Intz., während es sich, wenn der appellierte Magistrat etwas Positives substituiert, doch um keine Intz. mehr handelt[2]). Wenn Merkel fragt: „Was hinderte ihn, an Stelle des kassierten Dekretes seines Kollegen ein neues reformierendes Dekret zu erlassen?", und darauf selbst antwortet: „Es hätte ihn nur wiederum Intz. daran faktisch hindern können, juristisch dagegen stand es ihm völlig frei", so trifft das an sich zu. Denn unter der Voraussetzung, dass der Interzedent kompetent war, und die Sache ohne Appellation abging, war es so. Aber besass denn ein römischer Magistrat diese Kompetenz, d. h. Jurisdiktionsgewalt gleich dem Prätor?

1. Der Diktator, der nur in besonderen Zeiten, namentlich zu Kriegszeiten und „bei argem inneren Hader"[3]), als ein ausserordentlicher Beamter neben den Konsuln und Prätoren gewählt wurde[4]), vereinigte zwar alle magistratischen Befugnisse in seiner Person[5]) und besass de iure die volle iurisdictio inter privatos contentiosa, wie der Prätor[6]). Faktisch war jedoch, wie die Amtsbezeichnung „magister populi" schon andeutet, die feldherrliche,

[1]) Merkel II S. 138. 139. [2]) Vgl. auch Karlowa I S. 142 A. 5. [3]) Cic. de leg. III 3, 9; vgl. Ihering II 1 S. 265. [4]) Obwohl sein dem konsularischen und prätorischen gleichartiges Imperium bei weitem umfassender und stärker war als die konsularische und prätorische Amtsgewalt, so hörten doch die mit geringerer Amtsgewalt ausgestatteten Beamten (und das waren z. Zt. der Republik sämtliche Beamten vom Konsul abwärts) nicht auf, zu fungieren. Sie traten vielmehr in die Abhängigkeit des Diktators und hatten seinen Weisungen unbedingte Folge zu leisten. Eine Intz. gegen den Diktator war übrigens ausgeschlossen; selbst die der tribuni pl. machte vor ihm Halt; vgl. Mommsen II 1 S. 155 A. 4; Herzog I S. 725. [5]) Karlowa I S. 214. [6]) Liv. (XLI 9) nennt den D. unter den Magistraten, apud quos legisactio erat.

militärische Tätigkeit die durchaus vorwiegende, vielleicht sogar die einzige, wesentliche Kompetenz des Diktators auch dann, wenn er rei gerendae causa eingesetzt war[1]). Es fehlt jeglicher Quellenbeleg für einen Eingriff des Diktators in die streitige Zivilgerichtsbarkeit[2]).

2. Die Konsuln, denen in Reminiszenz an die königliche Gewalt königliche Würde beigelegt wurde[3]), vereinigen zunächst in sich alle anderen magistratischen Befugnisse, sodass von einer speziellen Kompetenz wegen der Unität dieses Amtes, streng genommen, nicht gesprochen werden darf. Später wurde ein Recht nach dem anderen vom konsularischen Imperium abgezweigt und besonderen Organen als Spezialkompetenz anvertraut. Seitdem reicht die konsularische Gewalt nur noch soweit, als ihre Bestandteile nicht anderen Magistraturen als Rechte ausnahmsweise zugeteilt sind. So wurde die Zivilgerichtsbarkeit, ursprünglich einer der wesentlichsten, wenn nicht gar der wesentlichste[4]) Bestandteil, 367 (v. Chr.) einem besonderen Magistrate übertragen; den Konsuln verblieb nur das imperium militare. War also das Prätor-Amt besetzt, dann konnte der Konsul nicht Recht sprechen. Das ist heute so gut wie unbestritten[5]). Wir haben demnach in den Konsuln Magistrate, die gegen die denegatio a. zwar jederzeit interzedieren, nicht aber den Prozess an sich ziehen und selbständig positiv dekretieren können.

Ob etwa während Erledigung der Prätur die Gerichtsbarkeit zum Konsuln-Amt zurückkehrte, z. B. wenn der Prätor abdankte,

---

[1]) Die Ziviljurisdiktion besass der D. wahrscheinlich von Haus aus nur wegen der „Unteilbarkeit des Imperiums", d. h. als „formelles Recht für die Akte der streitigen Gerichtsbarkeit"; Mommsen I S. 189. 190; II 1 S. 157. 158. [2]) So Herzog I S. 725; Karlowa I S. 216. — Mommsen meint, dass der D. die Jurisdiktion wohl nie als „effektives Recht" besessen habe, und dass seine Stellung zur Jurisdiktion sich mit der der Konsuln zur Rechtsprechung nach Einsetzung des praetor urb. vergleichen lasse. [3]) Cic. de re publ. II 32, 56; de leg. III 3, 8. [4]) So Mommsen II 1 S. 101; Sohm S. 82. [5]) Ebenso Mommsen I S. 190; II 1 S. 101 (cf. S. 74ff.); Herzog I S. 688. 689; Karlowa I S. 207; Schott I S. 132 A. 13. 14. 15. — A. M. Walter I S. 194 mit Berufung auf Liv. XLI 9, 10 und Plut. Marius 38, Stellen jedoch, die m. E. weder von einer Intz. der Konsuln sprechen noch auch als ausreichender Beleg für die jurisdiktionelle Kompetenz der Konsuln geeignet erscheinen.

oder wenn er starb, ist ungewiss. Konsequent ist aber anzunehmen, dass mit der Errichtung der Prätur dem Konsul für immer das jurisdiktionelle Imperium inter cives Romanos „verfassungsmässig" entzogen war. Trotz besetzten Konsulates führte der Wegfall eines oder aller Prätoren eine Vakanz herbei, „der keine staatsrechtliche Deckung durch das Interregnum gegenüberstand". Bei Wegfall sämtlicher Prätoren entstand eine Art Justitium, das nur durch Ersatzwahl beseitigt werden konnte. Fiel dagegen nur ein Prätor weg, dann konnte Abhilfe geschafft werden dadurch, dass man von neuem die Kompetenzgrenzen durch Auslosung festlegte, oder, was das Gewöhnliche war, dadurch, dass der Senat durch Beschluss einem der übrig gebliebenen Prätoren die Geschäfte des weggefallenen ganz oder teilweise übertrug.[1]) — Auch auf diesem Wege also erscheint eine Abänderung der denegatio a. kaum denkbar.

3. Den Prätoren, praetor urb. und peregr., war je ein gesonderter Geschäftskreis derart zugewiesen, dass der praetor peregr., obgleich er die iurisdictio hatte, nicht die Kompetenz des praetor urb., und dieser nicht die Kompetenz des praetor peregr. besass[2]). Der eine konnte also des anderen denegatio a. wohl durch Intz. kassieren, aber nicht den Prozess an sich ziehen und dem Kläger nunmehr die actio geben. Etwas ähnliches war nur möglich da, wo der Kläger irrtümlich den praetor urb. anging, während er sich an den in der Sache zuständigen praetor pergr. zu wenden hatte, und umgekehrt. War der Kläger hier wegen Unzuständigkeit abgewiesen, dann durfte er allerdings vor dem zuständigen Prätor klagen, und der konnte ihm die Klage geben. Auf solche Weise war eine Abänderung der denegatio a. möglich, ohne dass App. und Intz. hier erforderlich waren. Diese Fälle stehen aber abseits; denn es handelt sich hier garnicht um die Abänderung einer zu Unrecht denegierten actio (S. o. S. 123f.).

[1]) Ebenso Mommsen I S. 190. 650. 651; II 1 S. 101. — A. M. Karlowa I S. 207. 208; Rudorff II S. 14; Walter a. O.; Bethmann-Hollweg I S. 39; Keller S. 2 (A. 4 u. Lit.); Lange I S. 772. — Unentschieden Schott I S. 132 A. 14. Wenn aber Schott meint, in der ersten Zeit der Prätur habe die Möglichkeit einer konsularischen Jurisdiktion leicht vorkommen können, später wegen der Mehrzahl der Prätoren wohl kaum, so geht dies fehl; denn kein Prätor darf in die Sphäre des anderen, da die Kompetenz gesetzlich genau abgegrenzt ist, übergreifen (s. Text unter 3.) [2]) Damit stimmt das von Wlassak (I S. 202f. II S. 200. 201) erwähnte Prorogationsrecht der cives Romani überein.

Daran änderte auch nichts die Errichtung weiterer Prätoren-Ämter in der späteren republikanischen Zeit. Stets waren die Prätoren nicht zum „Samthandeln" in der Jurisdiktion berufen, sondern jedem unter ihnen lag die Erledigung eines gesetzlich bestimmten Geschäftskreises ob, sodass eine Kollision in derselben Streitsache unter ihnen vermieden war[1]).

4. Die Ädilen, denen das ius intercedendi gegenüber dem Prätor versagt war, besassen für das Gebiet der Marktgerichtsbarkeit ein jurisdiktionelles Imperium mit der Wirkung, dass die Prätoren insoweit nicht kompetent waren. Klagte der Kläger dennoch im gewöhnlichen Prozesse vor dem Prätor und wurde er mit seiner Klage abgewiesen, dann hatten die Ädilen die Befugnis, den Prozess an sich zu ziehen. So konnte es zu einer Abänderung der denegatio a. kommen. Die denegatio a. war aber auch hier kein Unrecht für den Kläger[2]).

5. Die Zensoren haben mit der Ziviljurisdiktion nichts zu tun, sie besitzen nur „eine Art Administrativjustiz"[3]).

6. Den Volkstribunen, die wohl niemals zu den Magistraten gerechnet worden sind[4]), fehlte jede positive zivilrichterliche Kompetenz (Cic. de leg. III 3 § 9; Gell. n. a. 13, 12 § 9; Plut. Quaest. Rom. 81)[5]). Dagegen bildeten sie mit der Zeit eine förmliche Kassationsbehörde mit bestimmtem Verfahren: der beschwerte römische Bürger appellierte regelmässig an das gesamte Kollegium; dieses beriet die Sache, liess, falls der Gegner des Appellanten freiwillig erschien (Gell. n. a. 13, 12), eine Verhandlung stattfinden und gab dann c. c. sein förmliches Dekret ab (cf. Val. Max. VI 5 § 4; VI 1 § 7; Gell. n. a. 6 (7) 19 § 3; 4, 14; Cic. pro Quinct. 7, 29; Liv. XXXVIII 60). Sie wurden daher zu den rechtsprechenden Behörden gezählt. So berichtet Pomponius (l. 2 § 34 D. 1, 2): *Ergo ex his omnibus decem tribuni pl., con-*

---

[1]) Vgl. Mommsen II 1 S. 207ff. 225. 226; Karlowa I S. 218; Schott I S. 133 (bes. A. 18). [2]) Vgl. Mommsen II 1 S. 483. 514. 515. 501 A. 3; Karlowa I S. 253. 254; Schott I S. 134. 135. [3]) Vgl. Mommsen II 1 S. 461f.; Walter I S. 198; Karlowa I S. 229. 248. [4]) Vgl. Mommsen II 1 S. 281. 306f.; Sohm S. 47 A. 17. [5]) Ebenso Mommsen II 1 S. 281f.; Bethmann-Hollweg II § 61; Keller S. 420; Schott I S. 132 A. 17; Merkel II S. 138. 139 (s. o. S. 134 A. 2). — A. M. Karlowa (I S. 224), der ihnen die Befugnis zuerteilt, geringere Rechtshändel unter Plebejern zu schlichten.

sules duo, decem et octo praetores, sex aediles in civitate iura reddebant; ferner Auct. ad Her. (de rat. dic.) II 13 § 19: *Iudicatum est id, de quo sententia lata est aut decretum interpositum. Ea saepe diversa sunt, ut aliud alio iudici aut praetori aut consuli aut tribuno pl. placitum sit, et fit, ut de eadem re saepe alius aliud decreverit aut iudicaverit, . . .* Obgleich es in der ersten Stelle heisst: *iura reddebant tribuni pl.*, und die zweite Stelle sogar von der Fällung der *sententiae* und *decreta* durch Judex, Prätor, Konsul oder Tribun spricht, so ist dennoch nicht an eine tribunizische Jurisdiktion in Zivilsachen zu denken. „Die Stellen sind von allgemeiner Fassung und beschäftigen sich gar nicht speziell mit der Jurisdiktion in Zivilsachen".[1]) Vermutlich handelt es sich um die tribunizische Intz., an die gedacht ist[2]), oder um das „öffentlich-rechtliche Judikations-, Multierungs- und Koerzitionsrecht der Tribunen"[3]).

Hiernach ist eine Abänderung der denegatio a. so gut wie nicht möglich gewesen. Wenn aber die denegatio a. durch die Intz. lediglich kassiert wurde, dann fragt man mit Recht, worauf die praktische Brauchbarkeit der Intz. speziell für die denegatio a. beruht. Die Frage, ob der Magistrat sich dem Interzedenten fügt, d. h. die Klage zulässt, ist doch hier ausschlaggebend, und was hindert den Interzessus, von neuem zu denegieren, falls er es nur für gerechtfertigt erachtet! Der Interzedent mag gegen das neue Dekret wiederum einschreiten und so fort. Der Prätor kann vermittelst der Intz. zu positivem Tun nicht gezwungen werden[4]). Damit ist dem Kläger also in keiner Weise gedient. Folglich ist die Intz. (theoretisch) zwar zulässig, praktisch aber unbrauchbar, wenn wir sie unter dem bisherigen Gesichtspunkte betrachten. Der Grund ist, dass die denegatio a. ein Definitivum darstellt und weder eine Vollstreckung zulässt noch sonst eine spätere, sich darauf aufbauende Entscheidung, im Gegensatz zur datio a., erwartet.

Jedoch wird in den meisten Fällen, soweit sie überhaupt vorgekommen sind, der Prätor dem interzedierenden Magistrat nachgegeben und sein Dekret geändert haben[5]), da er es bei dem

[1]) Schott I S. 132. 133 A. 17. [2]) So für Auct. ad Her. Mommsen I S. 271 A. 2. [3]) Schott a. O. [4]) Bekker Z. 27 (40) S. 17. [5]) So deute ich z. B. Cic. in Verr. a. sec. I 46 § 119. Da es daselbst heisst:

Interzedenten immerhin mit einem präsumtiv unparteiischen Beamten zu tun hatte, der „nach Kenntnisnahme (cognitio) der Sachlage“[1]) sein Interzessionsdekret abgab. Denn eine leichtsinnige Anwendung der Intz. enthielt nicht weniger einen Missbrauch der Staatsgewalt und zog nicht weniger Verantwortung und Strafe nach sich, als ein tadelnswerter Gebrauch der positiven Befugnisse (Liv. V 29). Sodann ist eine Intz. auch faktisch nicht so leicht gewesen (cf. Vell. Paterc. 2, 44)[2]). Sie warf dem Interzessus den Fehdehandschuh hin, und ohne Not entschloss man sich schwerlich zu einem so gehässigen, Aufsehen erregenden Schritt. Ein leichtsinniger Interzedent hatte der öffentlichen Meinung gegenüber keinen leichteren Stand, als jeder andere Beamte bei seinen positiven Massregeln. Ein unmotivierter Widerspruch konnte seinem Urheber die Demütigung eintragen, ihn selbst wieder zurücknehmen zu müssen (Liv. XLV 21; XXXI 6; XXXIX 5)[3]).

III. Das magistratische Verbietungsrecht und sonstige Behelfe.

Das magistratische Verbietungsrecht[4]) ist das Recht, (präventiv) die Vornahme von Amtshandlungen zu untersagen und zu verhindern, und steht nur der maior potestas zu[5]). Die Quellen sprechen vorwiegend vom Verbot einzelner Amtshandlungen[6]). Daneben kommen auch Fälle vor, in denen die Amtstätigkeit überhaupt verboten wird. Steht die denegatio a. zu befürchten, so kann sie im Voraus untersagt, eventuell (bei Renitenz) dem Magistrate die weitere Rechtspflege entzogen werden. Ist die actio

„quem iste conlegam nisi habuisset, lapidibus coopertus esset in foro“ (s. o. S. 126), so muss die Intz. geholfen haben. [1]) Mommsen Strafr. S. 465. [2]) Velleius Paterculus histor. Rom. II c. 44 (edd. Halm): „. . Caesar legem tulit, ut ager Campanus plebei divideretur, ... Bibulus, collega Caesaris, cum actiones eius magis vellet impedire quam posset, maiore parte anni domi se tenuit: quo facto dum augere vult invidiam collegae, auxit potentiam“. [3]) Ihering II 1 S. 270ff. [4]) Vgl. darüber Mommsen I S. 258ff.; Herzog I S. 588; Karlowa I S. 135. [5]) Unrichtig Savigny VI S. 490 A. k., der das Verbietungsrecht auch dem (gleichgeordneten) Prätor gewährt. [6]) Vgl. Mommsen I S. 260. 261; Strafr. S. 462f. 556. — Objekt des Verbietungsrechts sind sowohl prätorische als Handlungen des Judex (l. 58 D. 5, 1).

bereits denegiert, dann kann sie mittels Intz. kassiert, und dem Prätor nochmalige Denegation verboten, d. h. datio a. geboten werden, wenn der Kläger es nicht vorzieht, den Prozess von vorn zu beginnen.

Maior potestas im Verhältnis zur prätorischen Stellung ist die Diktatur und das Konsulat[1]) (Dio Cass. hist. Rom. 39, 6 u. 7)[2]). Wenig geklärt ist das Verhältnis der tribuni pl. zu Konsul und Prätor. Doch wird man, im Gegensatz zu Mommsen[3]), mit Rücksicht auf Dionys. Hal. ant. Rom. 9, 37, wo es heisst, dass der Volkstribun Genucius die Konsuln Lucius Aemilius Mamercus und Vopiscus Julius zur Ausführung eines SC. de agro dividundo vergeblich zu zwingen versucht habe, weil sie *maiore potestate praediti* gewesen seien, annehmen dürfen, dass den Konsuln gegenüber das tribunizische Verbietungsrecht versagte[4]).

Hatten die Volkstribunen demnach kein Verbietungsrecht gegenüber dem Konsul, so besassen sie es sicherlich gegenüber dem Prätor[5]). Dies ist nicht verwunderlich. Denn der Jurisdiktionsmagistrat befand sich in einer dem Konsul untergeordneten Stellung (Cic. pro Cluent. 27, 74).

Die maior potestas hat das Recht, den Prätor einstweilen von seinem Richteramte zu suspendieren. Wirklich überliefert ist dies seitens der Konsuln gegen den Prätor[6]) in der Vita des Marc Aurel (Julius Capitolinus) c. 12; ferner bei Aurel. Vict.

---

[1]) Vgl. für die h. M. Keller S. 2 A. 4. [2]) Vgl. damit Cic. ep. ad Qu. fr. II 1, 2; ferner Mommsen I S. 261; Karlowa I S. 135. [3]) Mommsen I S. 26 (bes. A. 1) S. 289. — Dagegen Lange I S. 596. [4]) Lange (I S. 596. 597) beruft sich dafür noch auf eine Stelle in Cic. de leg. III 3, 8: „Regio imperio duo sunto, iique a praeeundo, iudicando, consulendo praetores, iudices, consules appellamino; militiae summum ius habento, nemini parento". — Doch scheint mir diese Stelle nicht so ausschlaggebend und deutlich, wie die bei Dionys. Hal. 9, 37. Ich beziehe den Satz: „nemini parento" auf das summum ius militiae, mit Rücksicht auf den Zusammenhang und die asyndetische Aneinanderreihung der Glieder: „militiae summum ius habento" — „nemini parento". Im Feldlager ist die unbeschränkte Amtsgewalt der Konsuln anerkannt. Ciceros Satz gilt übrigens nur für friedliche Zeiten, die keinen Diktator kennen. [5]) A. M. Lange (a. O.), der den Tribunen ein Verbietungsrecht nur gegen die ihnen untergebenen plebeischen Ädilen gibt. [6]) Vgl. Karlowa a. O. I S. 135; Mommsen a. O. I S. 262.

histor. Rom. (de viris ill. c. 72 [M. Aemilius Scaurus] §§ 5. 6) und bei Caes. de b. c. III 20 (cf. Caes. de b. c. III 21; Dio Cass. hist. Rom. 42, 23; Quintil. instit. orat. VI 3, 25).

Der völlige Stillstand der Rechtspflege (Justitium) — insbesondere bei öffentlicher Feuer-, Kriegsgefahr und grossen Festen — kann dem Prätor anbefohlen werden vom Diktator, den Konsuln und Volkstribunen[1]).

Eine Abänderung der denegatio a. durch denselben Prätor, der sie erlassen hat, ist denkbar, wenn der abgewiesene Kläger später apud eundem iuri dicundo magistratum seine Klage unter Beibringung besserer Beweismittel oder unter Vermeidung des früheren Fehlers von neuem erhebt, und der Magistrat der Klage nunmehr statt gibt (cf. l. 14 D. 42, 1).

Eine Abänderung ist endlich denkbar, wenn der Mandatar des Prätors die actio denegiert, der Kläger sich an den Prätor wendet, und dieser entweder selbst dem Kläger die constitutio iudicii gewährt oder dem beauftragten Richter Abänderung der denegatio a. anbefiehlt[2]).

IV. Appellation der Kaiserzeit.

Eine völlige Neugestaltung trat durch die von Augustus, wahrscheinlich in den Leges Juliae iudiciariae[3]), eingeführte App. ein. Diese App., die stets gemeint ist, wenn Ulpian, Macer, Papinian, Scaevola, Paulus u. a. m. in D. 49, 1 und D. 49, 2, und vor allem Paulus in seinem liber sententiarum (V. 32—37) von „appellare" sprechen[4]), bezweckt eine Neuverhandlung vor dem Oberrichter[5]). Sie dient zur Anfechtung nicht nur des Geschworenen-Endurteils (l. 23 pr. D. 49, 1), sondern auch der prätorischen Entscheidungen, (l. 38 pr. D. 4, 4).[6])

Obgleich es eine ganze Reihe von Entscheidungen gibt, gegen die eine App. unzulässig war, so ist sie doch gegen die

[1]) Regelmässig unter Zustimmung des Senats von dem in Rom gerade anwesenden höchsten Beamten angeordnet. Vgl. Mommsen Staatsr. I S. 263 A. 1—6 S. 264; Strafr. S. 556. [2]) Vgl. Mommsen I S. 230. 231; II S. 979: Schott I S. 131 A. 11. [3]) Ebenso Bethmann-Hollweg II S. 700 f. [4]) Vgl. auch Cod. Iust. 7, 62. 64—68. [5]) Vgl. Mommsen II S. 974 ff.; 979 ff.; Strafr. S. 468 ff.; Merkel II S. 41 ff.; 133 ff.; Schultze § 32; Girard a. O. p. 1036. 1060. [6]) Provocare steht in der Kaiserzeit oft für appellare.

denegatio a. gewiss statthaft gewesen[1]), sodass wir seit Augustus eine unbeschränkte Abänderungsmöglichkeit der denegatio a. anzunehmen berechtigt sind, namentlich dann, wenn sie zu Unrecht ergangen ist. Dass es eine denegatio a. noch in der Kaiserzeit lange gegeben hat, vermögen wir aus einer constitutio des Kaisers Antoninus Caracalla aus dem Jahre 212 (n. Chr.) zu erkennen (l. 5 Cod. Just. 2, 12 [13]), wobei allerdings zuzugeben ist, dass das dare und denegare a. seit Diocletian und, soweit es im justinianeischen Recht noch vorkommt, nicht mehr das konkret-prozessuale Rechtsgebot des Prätors, sondern die allgemeine Rechtsnorm bezeichnet[2]).

V. In integrum restitutio.

Es ist bisweilen[3]) behauptet worden, es habe gegen prätorische Dekrete, wozu auch die denegatio a. zu rechnen sei, eine restitutio in integrum durch den Prätor selbst kraft seiner „souveränen" Stellung gegeben, sodass durch dieses ausserordentliche Rechtsmittel[4]) eine Abänderung magistratischer Verfügungen möglich gewesen sei. Dies ist gewiss nicht richtig, da der Prätor ohne in integrum restitutio zur Abänderung und Aufhebung seines Dekretes befugt war (l. 14 D. 42, 1). Erhob der abgewiesene Kläger von neuem dieselbe Klage, so konnte der Prätor jetzt die Formel geben. Eine in integrum restitutio erscheint auch durchaus unnötig, weil der Prätor über deren Zulassung oder Verweigerung gleichfalls zu entscheiden hatte. Ob also der Kläger die restitutio in integrum gegen die denegatio a. beantragte oder ob er die Klage von neuem erhob und die datio a. nunmehr erbat, war in dieser Beziehung gleichgültig. Zwischen einem in integrum restituere des denegare a. als solchen und einem nunmehrigen dare a. auf wiederholte Klagerhebung hin gegenüber früherem denegare a. bestand kein Unterschied (s. o. S. 3).

---

[1]) Ebenso Bethmann-Hollweg a. O.; Merkel II S. 7. 41; Mommsen I S. 275 A. 5; II 1 S. 307ff.; Keller S. 423f. [2]) Vgl. Schultze § 31. [3]) Schultze § 32; auch Schott I S. 128. 129; so auch Bekker Z. 27 (40) S. 19: „Nach der Litiskontestation ist alles fest unabänderlich, auch der Prätor ans eigene Wort gebunden, das nur auf dem Umwege der in integr. rest. aufgehoben oder geändert werden könnte." [4]) l. 16 pr. D. 4, 4; l. 24 § 5 D. 4, 4; l. 95 § 3 D. 46, 3.

Dazu kommt, dass nach den Quellen die in integrum restitutio, ebenso wie die revocatio in duplum und die retractatio, prozessual nur gegen die Urteile des Geschworenen aus ausserordentlichen Gründen zur Anwendung gekommen ist, nicht aber gegen prätorische Dekrete, wo sie mit Rücksicht auf l. 12 pr., l. 58 D. 5, 1 und l. 14 D. 42, 1, tatsächlich überflüssig ist[1]). Wenn Ulpian in l. 26 § 4 D. 4, 6 als Erläuterung zu den Worten des prätorischen Edikts: '*sive cui per magistratus sine dolo malo ipsius actio exemta esse dicetur*', ausdrücklich bemerkt: *hoc quo? ut si per dilationes iudicis effectum sit, ut actio eximatur, fiat restitutio. sed et si magistratus copia non fuit, Labeo ait restitutionem faciendam. per magistratum autem factum ita accipiendum est, si ius non dixit: alioquin si causa cognita denegavit actionem, restitutio cessat,* so geht daraus jedenfalls hervor, dass die restitutio in integrum gegen die denegatio a. als solche nicht stattfindet. Es wird vielmehr von der Beseitigung der Folgen, die das Verhalten des Prätors hervorgerufen hat, gesprochen. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand fand, worauf auch der Name bereits hindeutet, offenbar nicht gegen das Dekret (denegare a.) selbst statt. Sie fand nach l. 26 § 4 D. 4, 6 auch nicht gegen die Folgen des „c. c." denegari a. statt, sondern gegen die Folgen des ius non dicere. Aber damit ist die Beziehung zwischen dem restituere in integrum und dem denegare a. nicht erschöpft. Es gab unter Umständen auch gegen die aus der denegatio a. entstandenen Nachteile die restitutio in integrum, nämlich dann, wenn sich mit der denegatio a. eine magistratische oder tribunizische Intz. oder ein magistratisches Verbot oder die Anordnung eines Justitiums verband. Diese Hypothese findet nicht nur in den Quellen eine Stütze, sondern gibt auch den erwähnten „Rechtsmitteln" eine wirklich praktische Bedeutung für die denegatio a.

Was zunächst die Quellen anlangt, so wird unter den Gründen, ex quibus maiores viginti quinque annis in integrum restituunter, folgendes berichtet: *Verba autem edicti talia sunt: 'si . . .: cumve magistratus de ea re appellatus esset sive cui pro magi-*

[1]) Vgl. Merkel II S. 19ff.; 29f.; 148ff.; 156ff.; Mommsen I S. 272 A. 2; Leonhard § 169; Rubino p. 26ss. — Ob gegen die sententia iudicis die App. zwecks Intz. statthaft gewesen ist, darüber gehen die Ansichten von Mommsen (a. O.) und Puchta (I S. 562. 563) einer-, Merkel (II S. 21) anderseits auseinander.

stratu sine dolo ipsius actio exemta esse dicetur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, . . .' (l. 1 § 1 D. 4, 6).

Es ist nicht zu verkennen, dass, wenn in dieser Ediktsstelle von einem „appellare" magistratum gesprochen wird, die von Augustus eingeführte App. gemeint ist. Darauf deutet schon die Inscriptio der Digestenstelle, „Ulpianus libro duodecimo ad edictum"[1]), hin. Es soll also, wenn es zur App. gegen eine magistratische Entscheidung, also auch die denegatio a., kommt, und wenn durch die mit der Verhandlung in der Appellationsinstanz verbundene Zeitversäumnis die Klage inzwischen verjährt ist, die in integrum restitutio erteilt werden, d. h. die Klage als nicht verjährt auch dem Beklagten gegenüber von nun an festgestellt werden. Stellen wir uns vor, der Prätor habe die Klage denegiert oder sonst ein dem Kläger nachteiliges Dekret erlassen; der Kläger habe appelliert; das Verhalten des Prätors sei in der Appellationsinstanz zwar verurteilt, und das Dekret deshalb aufgehoben; aber der Beklagte berufe sich nunmehr auf die in der Zwischenzeit eingetretene Klagenverjährung oder auf die vollendete Ersitzung oder auf das Erlöschen der Dienstbarkeit oder ähnliches. Der Kläger hätte mit der App. nichts gewonnen, wenn ihm jetzt nicht die in integr. rest. zu Hilfe käme. Durch Wiederherstellung des früheren, im Augenblick der App. bestehenden Rechtsstandes werden die für den Kläger infolge der denegatio a. und appellatio eingetretenen nachteiligen Folgen beseitigt. Die eigentliche Restitution geschieht mittelst entsprechender actio fictitia oder utilis oder mittelst Verweigerng der dem Beklagten zustehenden Einreden (denegari exceptionem)[2]). — Oder im umgekehrten Fall: der Beklagte appelliert gegen ein zu Gunsten des Klägers erlassenes Dekret und wird mit seiner Appellation zurückgewiesen. Inzwischen ist z. B. die Klage verjährt. Dann hätte der Kläger, obwohl er im Recht ist, den Schaden, wenn nicht in integrum restituiert würde. Der Beklagte hätte es in der Macht, durch eine schikanöse Appellationsbitte manche, insbesondere der Verjährung nahe Klage zu Fall zu bringen[3]).

[1]) S. o. S. 14 A. 4. [2]) Vgl. Keller S. 149. 150 (A. 345); S. 394ff. S. 406. 407 (A. 948 u. zit. Lit.). [3]) Ebenso Merkel II S. 97. 98.

Es kommt aber noch folgendes in Betracht: wir wissen, dass die Rechtsmittelverhältnisse der Republik sich im grossen und ganzen in die Kaiserzeit hinübergerettet haben[1]). Das gilt vor allem auch von der alten magistratischen Intz. Steht hiernach nichts im Wege, so glaube ich, dass mit dem im Ediktstext angegebenen Appellieren des Magistrats zugleich die voraugusteische App. gemeint ist[2]). Die Worte „*appellare magistratum de aliqua re*" klingen, als wäre damit die republikanische App. gemeint[3]). Daraus würde sich folgendes ergeben: was von der in integr. rest. bei der augusteischen App. gilt, muss auch von der republikanischen App. zwecks Intz. gegolten haben[4]). Wir wissen, dass der zwecks Intz. angerufene Magistrat nicht blindlings gegen den denegierenden Prätor einschritt, sondern dass er nach einer mehr oder weniger ausgedehnten Verhandlung, möglicherweise sogar unter Anwesenheit der Parteien sich darüber schlüssig machte, ob er das Dekret kassieren sollte oder nicht. Gesetzt, der Kläger appellierte zwecks auxilii latio, und diese wurde ihm tatsächlich zu teil: wenn während dieser Zeit, von der App. bis zur Inz., seine Klage verjährt war, dann half ihm auch die Intz. nichts. Das Gleiche war der Fall, wenn der Beklagte vergeblich appellierte. War dann dem Kläger die Klage verjährt, so hatte er, trotz der Abweisung des appellierenden Beklagten durch den angerufenen Magistrat, die Läsion erlitten. Dass dies eine unerträgliche Ungerechtigkeit ist, wird jeder zugeben. Sie bestand aber m. E. auch nicht. Vielmehr wurde dem Kläger mit der restitutio in integrum geholfen[5]).

Heisst es im Edikt: Ich, Prätor, werde für den Fall, dass die actio während der Appellationsinstanz verjährt sein sollte,

[1]) Vgl. z. B. Keller a. O. § 82 S. 421; Merkel II S. 107f. [2]) Ebenso Merkel a. O.; auch wohl Bethmann-Hollweg (II § 116 S. 700 A. 2), wenn er sagt: „cumve magistratus de ea re . . .; damit ist die altrepublikanische, auch unter den Kaisern noch fortbestehende Intz. der par maiorve potestas und der Volkstribunen gemeint." [3]) Vgl. Caes. de b. c. III 20: . . . si quis appellavisset de aestimationibus et de solutionibus . . . [4]) Seit wann, lässt sich bei der Dürftigkeit der davon handelnden Quellen nicht ermitteln. Die ganze Frage bleibt Hypothese; beweisen lässt sich das nicht; die Vermutung, der, wie Bekker (Z. 24 [37] S. 373) sagt, allein stets und überall die feinsten Details wissenschaftlicher Forschung zugänglich sind, muss helfen. [5]) Gleicher Ansicht ist anscheinend Karlowa I S. 142.

in integrum restituieren, so ist er bei Vorhandensein der spezialisierten Bedingungen zur Erfüllung seines ediktsmässigen Versprechens nach der Lex Cornelia (de ed. perp.) verpflichtet.

Ähnlich wurde vermutlich bei Ausübung des magistratischen Verbietungsrechts und bei Anordnung eines Justitiums erfahren.

Obgleich ich nicht verkenne, dass in der Zeit des alten ius civile eine Klagenverjährung so gut wie unmöglich war, und dass überhaupt, davon abgesehen, der Fall der so schnell nach der App. (in beiderlei Sinn) eintretenden Verjährung selten gewesen sein mag, so hat doch auch das alte Zivilrecht gewisse actiones temporales bereits gekannt, und ausserdem vermehrte sich gegen Ende der Republik, wo an die moderne App. noch gar nicht zu denken war, die Zahl der prätorischen Annalklagen sehr stark[1]). Jedenfalls müssen diese Umstände für so wichtig gehalten worden sein, dass man sie im Edikt besonders berücksichtigen zu müssen glaubte.

Der Gedanke, dass die in integr. rest. auch im Falle der App. zwecks Intz. gewährt wurde, erscheint im Vergleich mit den anderen Restitutionsgründen nicht zu gewagt. Denn es gibt eine in integr. rest., wenn z. B. infolge Abwesenheit, die den Klageberechtigten an der Wahrung seiner Rechte verhinderte, die Klage verjährt oder die Sache ersessen war; oder wenn der Kläger eine Klage wiederholen wollte, die an einer exceptio dilatoria gescheitert war. Warum sollte nicht die restitutio in integr. gewährt werden, wenn jemand unbilligerweise an der Rechtsverfolgung verhindert ist[2])?

Unter der Voraussetzung, dass die restitutio in integr. bereits bei der republikanischen Intz. eintrat, erhält diese bei der denegatio a. praktische Bedeutung.

E. Verantwortlichkeit des Prätors.

Gegen ein willkürliches denegari a. des Prätors wie gegen jeden Missbrauch seiner Stellung als Jurisdiktionsmagistrat wenden sich Rechtsinstitute, die seine Verantwortlichkeit zum Ausdruck

[1]) S. o. S. 128 A. 2. [2]) Der Fall wird in der Lehre von der in integrum rest. nirgends erwähnt; vgl. Savigny VII §§ 325—329; Keller S. 174. 175; S. 221. 222; S. 399; § 80 (bes. S. 404—407).

bringen. So gilt für ihn eine Art ius talionis (Cic. ep. ad Qu. fratr. I 1. 7 § 21; l. 1 § 1 D. 2, 2; l. 4 D. 2, 2; Sueton (de vita Caes.) Claudius c. 25 § 1)[1]. Ausserdem konnte gegen ihn die öffentliche wie private Klage erhoben werden. Denn in Rom nahmen die Beamten hinsichtlich Verantwortlichkeit an sich keine Ausnahmestellung gegenüber dem homo privatus ein und waren, wie dieser, der gewöhnlichen Zivil- und Kriminaljurisdiktion und den „allgemeinen Landgerichten"[2] unterworfen[3]. Namentlich musste der Prätor wohl eine öffentliche Anklage wegen iustitia denegata vel protracta befürchten[4]. Daneben bestand noch eine privatrechtliche Verantwortlichkeit. Jeder Beamte nämlich, der einem Privatmann schuldhaft einen Schaden zugefügt hatte, sei es in der Form des furtum oder der iniuria oder des damnum iniuria datum secundum legem Aquiliam, haftete dem Verletzten auf Schadensersatz, und dieser Anspruch konnte in der republikanischen und in der Kaiserzeit im Wege des gewöhnlichen Zivilprozesses verfolgt werden[5].

Freilich war die Verfolgung des römischen Beamten als solchen wegen seiner Amtsdelikte von mehr theoretischer als praktischer Bedeutung[6], weil die Prozesseröffnung und -führung gegen ihn gewöhnlich erst nach Ablauf der Amtszeit möglich war, und weil namentlich die gefürchtete Kriminalklage auf mancherlei Weise beseitigt werden konnte. Dass man eine Klage gegen den Beamten während seiner Amtsperiode nicht zuliess, hing damit zusammen, dass der Römer das Staatsamt nicht als eine vom Beamten geschiedene „abstrakte Institution" ansah; der Beamte war ihm vielmehr die Verkörperung, Personifizierung des Amtes. Weiter aber sollte verhindert werden, dass der Beamte durch die Teilnahme am gerichtlichen Verfahren der Erfüllung seiner Amtspflichten entzogen wurde[7].

---

[1]) Vgl. darüber näher Keller S. 446. 447 (A. 1077); Lenel: Ed. S. 58. 59. [2]) Mommsen I S. 698. [3]) Über die Gerichtsbarkeit bei Amtsverbrechen vgl. Mommsen: Strafr. S. 714; 716f.; 727ff.; Rudorff I § 31; II § 120; Bethmann-Hollweg II § 60; Leonhard § 169. [4]) Vgl. Wlassak II S. 325f.; 338ff.; Mommsen: Strafr. S. 556; Kipp: Quellen S. 55 A. 14a; Ihering II 1 S. 264. [5]) Vgl. Mommsen I S. 699; Strafr. S. 352f. [6]) Ähnlich unserer Ministerverantwortlichkeit (vgl. Schott I S. 149). [7]) Mommsen I S. 288; 705ff.; Ihering II 1 S. 264; Bruns-Lenel I S. 110.

Trotz dieser ungenügenden Verfolgbarkeit hat man wohl die Notwendigkeit der wirklichen Durchführbarkeit von Klagen gegen Prätoren selten empfunden. Denn solche „Rechenschaftsprozesse“[1]) sind anscheinend so gut wie gar nicht vorgekommen; sie finden sich eigentlich nur einmal bei Cicero in seinen Anklagen gegen den Prätor C. Verres, namentlich in der actio secunda (I 40 §§ 103ss.). Den Gegenstand seiner Anklagen bildet vor allem die willkürliche zivile Rechtsprechung und weiter die überaus mangelhafte, bisweilen komisch anmutende Fassung des Edikts durch Verres. „Anderweite Fälle dieser Art sind nicht bekannt und mögen auch selten vorgekommen sein. Aber das beweist eben nur, wie sehr die prätorische jurisdiktionelle Amtstätigkeit mit der Rechtsüberzeugung des Volkes im Einklang stand“ (cf. l. 7 § 1 D. 1, 1 und l. 8 D. 1, 1)[2]).

Ferner wirkte auf eine gerechte Judikatur die Öffentlichkeit des Zivilprozesses hin[3]). Auch durch die nur einjährige Dauer des Prätor-Amtes wurde das Einreissen eklatanter gesetzwidriger Zustände verhütet[4]). Schliesslich ist der Teilung des Verfahrens zwischen Prätor und Judex ebenfalls eine nicht zu unterschätzende Bedeutung für die Unabhängigkeit und Unbestechlichkeit der Rechtspflege zuzuweisen[5]).

[1]) Mommsen: Strafr. S. 555; Jörs I S. 169. [2]) Jörs a. O; Schott I S. 153f. [3]) Leonhard a. O.; Ihering II 1 S. 9ff. [4]) Krüger § 3. [5]) Ihering II 1 § 28 S. 77ff.; Binder S. 574; Wlassak II S. 341.